Form und Wirkung des Widerrufs eines gemeinschaftlichen Testamentes.

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde der Hohen Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Maximilian Martens,
Referendar aus Altona.

Wandsbek-Hamburg.
Buchdruckerei A. B. Ueberwasser.
1907.

Form und Wirkung des Widerrufs eines gemeinschaftlichen Testamentes.

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde der Hohen Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Maximilian Martens,
Referendar aus Altona.

Wandsbek-Hamburg.
Buchdruckerei A. B. Ueberwasser.
1907.

Referent: **Professor Dr. Matthiaß.**

Einteilung:

Literatur.

Appel, in der deutschen Juristen-Zeitung von 1900, Seite 183.
Arnold, in der deutschen Juristen-Zeitung von 1900, Seite 299.
Baron, im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 75.
Bendix, Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Böhm, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl.
Borcherdt, Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung, Bd. 2.
Boschan, Die Nachlaßsachen in der gerichtlichen Praxis, 1. Teil 1903, 2. Teil 1905.
Brinz, Pandekten, Bd. 3, 2. Auflage.
Brock, Das eigenhändige Testament 1900.
Bruck, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 14.
Buchka, vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des gemeinen Rechts.
Buka, in der deutschen Juristen-Zeitung von 1905, Seite 403.
Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Auflage, 1904.
Dernburg, Pandekten, Bd. 3, 6. Auflage.
" Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches, Bd. 5, 3. Auflage.
Eck-Leonhardt, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 3.
Eichhorn, Das Testament, 4. Auflage.
Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts, 7. Auflage.
Enneccerus, Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages, Bd. 4.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, Bd. 5.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (rit. R.-G.)
Fischer, O., im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 6, Nr. 2.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. 4, 7. Aufl.
Frommhold, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Gierke, Der Entwurf
Goldmann, E., Das gemeinschaftliche Testament, in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 48.

Götte, in der deutschen Juristen-Zeitung von 1903, Seite 52.
Göz, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 45.
Haidler, Bürgerliches Gesetzbuch mit den Motiven und Vorarbeiten, Bd. 4.
Hartmann, G., zur Lehre von den Erbverträgen und den gemeinschaftlichen Testamenten (1860).
Hasse, im Rheinischen Museum für Jurisprudenz (1829).
Heinzerling, im Archiv für praktische Rechtswissenschaft (1874).
Hellmann, in der kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. 39.
Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte.
Hendrichs, Die rechtliche Natur des gemeinschaftlichen Testamentes (Dissertation).
Herzfelder, v. Straudingers Kommentar zum BGB, Bd. 5, 2. Auflage 1906.
Hölder, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 41.
v. Jacubezky, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (1892).
Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht.
Kiß, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 25.
Klöppel, in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 33.
Köppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts.
Kühast, Das Erbrecht des Entwurfs (1888).
Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl.
Kuhlenbeck, von den Pandekten zum BGB, Bd. 3.
Küntzel, in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 41.
Lafrenz, Das Recht, 1902, Seite 553.
Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Lané, Verhandlungen des 20. Juristentages, Bd. 1.
Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des preußischen Allgemeinen Landrechts, Bd. 2.
Löwenwald, Das gemeinschaftl. Testament im BGB (1899).
Maas, Bibliographie, im Archiv für bürgerliches Recht.
Mantey, Das Recht, 1901, Seite 430 f.
Märcker, Nachlaßbehandlung, 17. Aufl. (1902).
Markus, Privattestament und Nottestament, 2. Aufl.
Materialien: Protokolle (cit. Prot.),
Motive (cit. Mot.),
Denkschrift (cit. Denk.)
Mattes, Das gemeinschaftliche Testament.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 3. Aufl.
Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB.
Mommsen, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 76.
Mühlenbruch, Glücks Pandektenkommentar, Bd. 38.

Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches, Bd. 2, 2. Auflage.
Neumann, Handbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 2, 4. Auflage.
Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts.
Oswaldt, zum Begriff der korrespektiven Verfügungen, in der deutschen Juristen-Zeitung von 1904, Seite 735 ff.
Peiser, Testamentsrecht.
Pelargus, das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Pfaff-Hoffmann, Kommentar zum Oesterreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2.
Pfaff-Hoffmann, Exkurse, Bd. 2.
Planck, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 75.
Planck-Ritgen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführung, Band 5.
Proske, Die Unterschiede zwischen einem gemeinschaftlichem Testamente und einem Erbvertrage (1905).
Putsch, über die Zulässigkeit der einseitigen Abänderung gemeinschaftlicher Testamente.
Regula, über den einseitigen Widerruf korrespektiver Testamente.
Rüger, Sächsisches Archiv, Bd. 9, Seite 430.
Scherer, Die fünf ersten Jahre des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Schiffner, Erbvertrag.
" in den Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 40.
Schmidt, Das gemeinschaftliche Testament.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 5.
Strohal, Das deutsche Erbrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. und 3. Auflage, Bd. 1.
Ubbelohde, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 75.
Wilke, Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages, Bd. 1.
Windels, Das gemeinschaftliche Testament.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage.

§ 1.

Einleitung:

Geschichte und Vorbemerkungen.

Das Institut der gemeinschaftlichen Testamente ist deutschen Ursprungs.

Das klassische römische Recht kannte das gemeinschaftliche Testament nur als Soldatentestament, und in dieser Beschränkung findet es sich auch im corpus iuris (l 19 C de pactis 2,3). Die nov. Valentiniana III tit 20, §§ 3 und 4 ließ zwar allgemein bei gegenseitiger Erbeinsetzung gemeinschaftliche Testamente zu, aber im Justinianischen Recht fand diese Bestimmung keine Anerkennung.

Das deutsche Recht kannte dagegen bereits in früher Zeit gemeinschaftliche Testamente; schon die formulae Marculfi (um 700) enthalten eine Rubrik, qualiter in uno volumine testamentum duarum personarum condatur. Meist wurde aber die Befugnis, gemeinschaftlich zu testieren, nur Ehegatten und Verlobten gewährt. Auf dieser deutschen Sitte weiterbauend, erkannte auch das gemeine Recht die Wirksamkeit gemeinschaftlicher Testamente an. Diese kamen zwar vorzugsweise unter Ehegatten vor und enthielten insbesondere gegenseitige Erbeinsetzungen; doch waren sie auch unter anderen Personen möglich und auf den Fall gegenseitiger Erbeseinsetzung nicht beschränkt.

Die neueren großen Kodifikationen der deutschen Partikularrechte nahmen einen durchaus verschiedenen Standtpunkt ein. Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch ließ gemeinschaftliche Testamente unbeschränkt zu; der code civil schloß sie schlechthin aus; das Allgemeine Landrecht gestattete Ehegatten die Errichtung gemeinschaftlicher Testamente, erklärte diese Art der Testamente im übrigen aber für unzulässig; dem Allgemeinen Landrechte folgten verschiedene kleinere Partikularrechte.

Der Erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch wollte das gemeinschaftliche Testament ganz beseitigen. Die hieran sich knüpfende Kritik[1]) glaubte — überwiegend mit Rücksicht

[1]) Vergl. in dieser Beziehung die bei Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II., S. 424 (3. Auflage) angeführte Literatur.

auf die herrschende Sitte und das durch die weite Verbreitung bezeugte praktische Bedürfnis —, dieses Instituts nicht entraten zu können, soweit es sich um Ehegatten handle. Dieser Ansicht folgend, hat die zweite Kommission das gemeinschaftliche Testament in der Beschränkung auf Ehegatten aufgenommen. Die Beschlüsse dieser Kommission sind dann sachlich unverändert in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen und so Gesetz geworden. Ein gemeinschaftliches Testament kann somit jetzt nur von Ehegatten errichtet werden (§ 2265 BGB).

Dem Institute des gemeinschaftlichen Testamentes ist im Gegensatze zum Erbvertrage, bei dem sich die Erblasser als Kontrahenten gegenüberstehen und sich vertraglich binden, die grundsätzlich freie Widerruflichkeit wesentlich.

Im gemeinen Recht wurde das gemeinschaftliche Testament lediglich als die Vereinigung zweier Einzeltestamente in einer Urkunde aufgefaßt. Demgemäß unterlagen die in einem gemeinschaftlichen Testamente getroffenen Verfügungen jedes einzelnen Erblassers, mochten sie auch mit Verfügungen des andern in korrespektivem Verhältnisse stehen, seinem freien Widerruf, ohne daß es auch nur einer formlosen Mitteilung an den andern Erblasser bedurfte. Naturgemäß beseitigte der von einem Erblasser einseitig getätigte Widerruf nur die Wirkung der von ihm getroffenen Verfügungen und ließ die des anderen unberührt. Als Form des Widerrufs kam in erster Linie die eines neuen Testamentes in Betracht. Ein solches beseitigte, wenn aus ihm jemand Erbe werden konnte, schon durch die Tatsache seiner Existenz die Wirkungen des älteren Testaments, stets aber nur die Verfügungen des Widerrufenden selbst. Diese älteren Verfügungen konnte der Erblasser jedoch jederzeit wieder zur Geltung bringen, dadurch daß er das neue Testament in Widerrufsabsicht vernichtete; er konnte sie auch gleich bei Errichtung eines neuen Testaments durch ausdrückliche Bestätigung als Kodizil aufrechterhalten.

Im übrigen genügte zum Widerruf eines Testaments, seit dessen Errichtung 10 Jahre verstrichen waren, eine Erklärung des Widerrufs vor drei tauglichen Zeugen oder zu gerichtlichem Protokoll. Sonst mußte die Widerrufserklärung in Testamentsform abgegeben werden, ohne daß inhaltlich die Errichtung eines Testamentes positiver Natur verlangt wurde. Ferner wurde einem Widerrufe die Durchstreichung des Namens des als Erben Eingesetzten gleichgestellt, sowie die Vernichtung der Testamentsurkunde und eine solche Vernichtung bereits in der Beseitigung der äußeren Zeichen der

Solennität gesehen (l. 2 D 28,4); dabei war es gleichgiltig, ob der Erblasser die Vernichtungshandlung selbst vornahm oder durch einen andern ausführen ließ. Eine Bindung an die einmal getroffenen Verfügungen trat bei den Testamenten, deren Korrespektivität wesentlich war, insbesondere bei dem testamentum reciprocum, nach dem Tode des einen Erblassers ein, sobald der überlebende das ihm Zugewendete angenommen hatte; damit war dann sein Widerrufsrecht erloschen.

Nach preußischem Allgemeinen Landrecht galten bezüglich der Zulässigkeit des Widerrufs im wesentlichen dieselben Grundsätze. Als Form des Widerrufs wurde ein neues Testament erkannt, wenn in diesem an Stelle des früheren ein anderer Erbe eingesetzt wurde. Zum Widerruf eines Vermächtnisses wurde eine vom Erblasser unter Angabe des wahren Beweggrundes schriftlich abgegebene und unterschriebene Widerrufserklärung zugelassen, und bei Vermächtnissen in außergerichtlichen Verfügungen; insbesondere wurde eine Widerrufserklärung in jeder Art des Unleserlichmachens des Geschriebenen erblickt. Bei gerichtlich verwahrten Testamenten sah man in der Zurückgabe der Urkunde an den Erblasser auf seinen Antrag einen formgiltigen Widerruf, dessen Wirksamkeit aber jederzeit dadurch wieder beseitigt werden konnte, daß die Urkunde unter Beobachtung der für die Uebergabe erforderten Form wiederum in die amtliche Verwahrung gebracht wurde.

Was die Zulässigkeit des Widerrufs eines gemeinschaftlichen Testamentes nach dem BGB angeht, so sei hier zum bessern Verständnisse der späteren Ausführungen über Form und Wirkung des als zulässig vorausgesetzten Widerrufs kurz vorweg bemerkt:

Das gemeinschaftliche Testament kann von den beiden Erblassern gemeinschaftlich jederzeit widerrufen werden, und zwar sowohl als Ganzes, wie auch mit der Beschränkung auf einzelne darin enthaltene Verfügungen (§ 2253 BGB). Das ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen, indirekt auch aus dem für das heutige Recht an sich überflüssigen Satze 2 des § 2271, Abs. 1. BGB, der ausdrücklich den Widerruf eines gemeinschaftlichen Testamentes durch neue „einseitige“ Verfügung von Todeswegen seitens des einen Ehegatten bei Lebzeiten des andern ausschließt. Grundsätzlich ist das gemeinschaftliche Testament aber nichts weiter als zwei in einer Urkunde verbundene Testamente. Hieraus folgt, entsprechend dem allgemeinen Grundsatze des § 2252 BGB,

daß jeder der Erblasser auch einseitig ohne Zuziehung oder Zustimmung des andern Teils das von ihm errichtete Testament, sowie einzelne der von ihm getroffenen Verfügungen jederzeit widerrufen kann.

Eine Beschränkung des einseitigen Widerrufs tritt nur ein bei solchen Verfügungen, von welchen anzunehmen ist, daß die Verfügungen des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügungen des andern getroffen sein würden (§ 2271, Abs. 1, § 2270, Abs. 1, BGB). Liegt diese Voraussetzung vor, so ist zu unterscheiden, ob zur Zeit des beabsichtigten einseitigen Widerrufs der andre Erblasser noch lebt oder nicht. Bei Lebzeiten des andern Teils kann jeder Ehegatte auch diese sogenannten korrespektiven Verfügungen frei widerrufen, hat hinsichtlich der Form aber die Vorschrift des § 2296 BGB über den Rücktritt von einem Erbvertrage zu beobachten. Mit dem Tode des einen Ehegatten verliert der andre grundsätzlich sein Widerrufsrecht (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB) und kann jetzt seine Verfügungen nur dann noch aufheben, wenn er das ihm von dem Verstorbenen Zugewendete ausschlägt.

Auch nach Annahme des ihm Zugewendeten kann der überlebende Ehegatte kraft gesetzlicher Vorschrift noch in zwei besonderen Fällen beschränkende Anordnungen treffen, wenn nämlich ein Pflichtteilsentziehungsgrund oder die Voraussetzung der Enterbung in guter Absicht vorliegt (§ 2271 Abs. 3 BGB), und es ist nicht zu verkennen, daß in diesen Anordnungen positiven Inhalts gegenüber einer früheren unbedingten Einsetzung ein Widerruf liegt. Außer in diesen besonderen Fällen kann dem überlebenden Ehegatten kraft der Bestimmungen des gemeinschaftlichen Testamentes eine weitergehende Widerrufsbefugnis eingeräumt sein; die Bestimmungen des § 2271 Abs. 2 und 3 sind dispositiver Natur, freilich mit der Maßgabe, daß eine stärkere Bindung als die gesetzliche mit Rücksicht auf die allgemeine Testierfreiheit nicht zulässig erscheint. Die gesetzlichen Bestimmungen geben das Maximum der durch Testament überhaupt möglichen Bindung an; weitergehende Beschränkungen der Testierfreiheit lassen sich nur in der Form des Erbvertrags erreichen.

In allen diesen Fällen der Aufhebung testamentarischer Verfügungen durch einen oder beide Erblasser soll hier von Widerruf (im weiteren Sinne des Worts) gesprochen werden, während das Gesetz von „Widerruf“ (im engeren Sinne des Worts) nur dann spricht, wenn das Unwirksamwerden einer letztwilligen Verfügung ipso iure infolge einer dahingehenden einseitigen Erklärung eintritt, und von „Aufhebung“ redet,

wenn das Unwirksamwerden auf dem Inhalte einer andern Verfügung beruht.[1])

I. Form und Wirkung des zweiseitigen Widerrufs eines gemeinschaftlichen Testamentes.

§ 2.

Durch Testament und Erbvertrag.

Für den Widerruf eines gemeinschaftlichen Testamentes sind grundsätzlich dieselben Formen gegeben wie für den eines gewöhnlichen Testaments. Besonderheiten ergeben sich bei dem gemeinschaftlichen Testamente nur in sofern, als gemeinschaftliches Handeln beider Erblasser erforderlich ist.

Hiernach stehen den Ehegatten zur Erklärung ihres beiderseitigen Widerrufswillens zunächst sämtliche Testamentsformen zur Verfügung.

An den Inhalt eines solchen gemeinschaftlichen Widerrufstestamentes werden besondere Anforderungen nicht gestellt, wenn nur der Widerrufswille beider Ehegatten klar hervortritt. Daher ist es gleichgiltig, ob das Testament formell die Widerrufserklärung ausspricht oder lediglich einen den Bestimmungen des früheren gemeinschaftlichen Testamentes widersprechenden Inhalt hat, den Widerruf erst im Wege der Interpretation der Willenserklärung der Testatoren erkennen läßt (§ 2258 BGB).

Im übrigen muß das Widerrufstestament sämtlichen Anforderungen eines Testamentes positiven Inhalts genügen; für den Widerruf von Vermächtnissen Formerleichterungen zu gewähren, lag ein Bedürfnis nicht vor[2]), solche erschienen vielmehr schon um deswillen unpraktisch, weil oft Vermächtnisse die ganze Erbschaft ausmachen und ihr Widerruf daher keineswegs von unerheblicher Bedeutung ist. Nur in subjektiver Beziehung ist um des Prinzips der freien Widerruflichkeit willen insofern eine Erleichterung geschaffen, als ein wegen Geistesschwäche[3]), Verschwendung oder Trunksucht Entmündigter die Fähigkeit zum Widerruf seiner vorher getroffenen Verfügungen behält. Diese Erleichterung hat gerade bei dem gemeinschaftlichen Testamente erhöhte Bedeutung, weil sie

---

[1]) Die Unterscheidung ist im Gesetz aber nicht streng durchgeführt: es gebraucht z. B. § 2258 Abs. 2 das Wort Widerruf, während nur Aufhebung paßte. Vgl. Endemann, Lehrbuch zur Einführung in das Studium des Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, Bd. III, Seite 213, Anm. 7.

[2]) Vgl. Mot, Bd. V, Seite 297.

[3]) Bezl. des Unterschiedes zwischen Geisteskrankheit und Geistesschwäche siehe Pfaff-Hofmann, Kommentar, Bd. II, Seite 643.

diesen sogenannten negativ Testierfähigen die Möglichkeit gibt, bei der Errichtung eines gemeinschaftlichen Widerrufstestamentes mitzuwirken, während sonst auch für den andern Ehegatten diese Form des Widerrufs ausgeschlossen wäre. Unabänderlich an sein einmal errichtetes Testament gebunden ist nur der wegen Geisteskrankheit Entmündigte.

Welcher an sich zulässigen Testamentsform die Ehegatten sich zum Widerruf ihres gemeinschaftlichen Testamentes bedienen wollen, ist in ihr Belieben gestellt, und es kommt in dieser Hinsicht auf Form oder Inhalt des früheren Testamentes nicht an: Ein ordentliches Testament kann durch ein Nottestament, ein öffentliches auch durch ein privatschriftliches widerrufen werden. Wenn einige [1]) im Anschluß an die Motive einen giltigen Widerruf des amtlich verwahrten Testaments (vom Nottestamente abgesehen) nur dann anerkennen wollen, wenn auch das Widerrufstestament in amtliche Verwahrung gebracht wird, so findet diese Ansicht im Gesetze keine Stütze. Praktisch, de lege ferenda, würde allerdings durch eine solche Formvorschrift der im geltenden Rechte leicht resultierenden Rechtsunsicherheit zweifellos vorgebeugt, da dann stets die Tatsache des Widerrufs bekannt sein würde. Andrerseits liegt aber kein Grund vor, dem nicht in amtliche Verwahrung gebrachten privatschriftlichen Widerrufstestamente seine Wirksamkeit abzusprechen.

Die Ehegatten können ihr gemeinschaftliches Testament in öffentlicher Form dadurch widerrufen, daß sie ihre Widerrufserklärung vor einem Richter oder Notar abgeben mit der ausdrücklichen Erklärung, daß dies ihr beiderseitiger letzter Wille sei, oder in der Weise, daß sie eine die Widerrufserklärung enthaltende Schrift dem Richter oder Notar mit dieser Erklärung übergeben (§ 2231, No. 1 und 2 BGB). Bei der mündlichen Form des Testierens wird regelmäßig ein Ehegatte die beiderseitigen Verfügungen zu Protokoll erklären, während der andre sich darauf beschränkt, zu erklären, daß dies auch sein letzter Wille sei; es ist aber durchaus zuläßig, — wenn beide Ehegatten über Objekte ihres Sondervermögens Verfügungen treffen, sogar unumgänglich, — daß die Ehegatten ihre Verfügungen einzeln treffen. In beiden Fällen wird die Einheit des Testieraktes durch die im Protokoll festgestellte Willenseinheit beider Testatoren gewahrt. Ganz ebenso wird, wenn die Ehegatten durch Uebergabe einer Schrift testieren, die Einheit des Aktes durch die Willenseinheit beider,

[1]) Endemann, Lehrbuch, Bd. II (7. Auflage) § 51 No. 3b n. 17. Böhm, Erbrecht § 64 IIIb n. 1. Anders schon: Strohal, Erbrecht, 1. Auflage, Seite 178.

wie sie im Protokoll festgelegt ist, gewahrt, mögen sie zwei einzelne Schrifien mit Sonderverfügungen oder eine gemeinschaftliche Urkunde überreichen. Selbstverständlich müssen die Sonderverfügungen beider Ehegatten mit einander vereinbar sein, da sonst wegen mangelnder Willenseinheit bezüglich dieser sich widersprechenden Verfügungen ein gemeinschaftliches Testament überhaupt nicht zustande kommt. Da nun im Gegensatze zu der im gemeinen Rechte erforderten unitas actus die nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes erforderte Einheit des Testieraktes lediglich in dem gewollten Zusammenhange der Willenserklärungen beider Ehegatten, wie er sich in der Einheit des Protokolls darstellt, besteht, ist auch eine gemischte Form des öffentlichen Widerrufstestamentes in der Weise zuzulassen, daß der eine Ehegatte eine seinen letzten Willen enthaltende Schrift mitbringt, der andre mündlich seinen Willen zu Protokoll erklärt. Der Vereinigung beider Erklärungen der auf verschiedene Weise testierenden Erblasser in einem Protokoll steht keine gesetzliche Bestimmung entgegen. Die Zulassung einer solchen gemischten Testierweise hat vor allen Dingen auch praktische Bedeutung für den Fall, daß der eine Ehegatte am Sprechen verhindert ist; während dieser durch Uebergabe einer Schrift testiert, kann der andre seine Verfügungen mündlich zu Protokoll erklären.[1])

Eine solche gemischte Form ist m. E. auch dann zulässig, wenn ein Ehegatte Geschriebenes nicht zu lesen vermag oder minderjährig ist. Strohal[2]) will für diesen Fall die Zulässigkeit dieser Form ausschließen, weil der lesensunfähige oder minderjährige Ehegatte nicht in der Lage sei, den Inhalt der von dem andern überreichten Urkunde autentisch zu erfahren oder doch voll zu würdigen; eine solche analoge Anwendung der für das privatschriftliche Testament gegebenen Bestimmungen ist jedoch nicht zuzulassen. Auch kann sich der minderjährige oder lesensunfähige Ehegatte gegen diesen Vertrauensmißbrauch dadurch schützen, daß er den ihm wesentlichen Teil seiner letztwilligen Verfügungen ausdrücklich zu Protokoll erklärt. Stellt sich dann später eine Diskrepanz zwischen den erklärten letzten Willen beider heraus, so ist in dieser Beziehung mangels Willenseinheit ein gemeinschaftliches Testament nicht zustande gekommen.

Hervorzuheben ist noch, daß im Falle eines formellen Widerrufs durch Uebergabe einer Schrift die von den Ehegatten

---

[1]) So Strohal, a. a. O. Seite 321, Anm. 8. A. M. Planck-Ritgen, Vorbem. 3. zu § 2265 ff. Jastrow, Formularbuch, Bd. II, Seite 189 f.

[2]) a. a. O. Seite 321 Anm. 10.

abzugebende Erklärung lediglich dahin lautet, die übergebene Schrift enthalte ihren beiderseitigen letzten Willen, und den Inhalt nicht kenntlich macht. Dasselbe gilt von der Aufschrift des amtlichen Verschlusses. Im übrigen ist eine in öffentlicher Form abgegebene bloße Widerrufserklärung genau so zu verschließen und amtlich zu verwahren wie ein Testament positiven Inhalts.

Bezüglich der Form des privatschriftlichen gemeinschaftlichen Widerrufstestamentes genügt es, daß ein Ehegatte den gesamten beabsichtigten Testamentsinhalt einschließlich der Verfügungen des andern Ehegatten eigenhändig schreibt und unter Angabe von Ort und Zeit eigenhändig unterschreibt, der andere eigenhändig unter Angabe von Ort und Zeit eine Erklärung darunter setzt, daß diese Erklärung auch seinen letzten Willen enthalte, und diese Erklärung durch seine Unterschrift vollzieht (§ 2267 BGB).

Ort und Zeit der Beitrittserklärung brauchen mit denen der Hauptverfügung nicht übereinzustimmen, da eine zeitliche und räumliche Einheit des Testieraktes nicht verlangt wird [1]), sondern lediglich eine logische, durch den Willen der Erblasser bestimmte. Naturgemäß muß aber die Beitrittserklärung, damit von einer solchen überhaupt gesprochen werden kann, räumlich der Hauptverfügung folgen; auch darf aus demselben Grunde das Datum der Beitrittserklärung kein früheres sein als das der Verfügung des anderen Ehegatten [2]). Streitig ist dagegen, ob das Datum der Beitrittserklärung ein späteres sein darf. Mit Entschiedenheit spricht sich Hölder [3]) dahin aus, daß zwei solche verschiedenen Zeiten angehörenden Testamente unmöglich mit einander ein gemeinschaftliches bilden könnten. Demgegenüber betont die herrschende Meinung mit Recht, daß die vom geltenden Rechte allein erforderte, durch die Willenseinheit der Erblasser begründete logische Einheit der Testamentserrichtung durch eine Verschiedenheit der Zeit zweier äußerlich geschiedener Akte nicht berührt werde. Ein entscheidendes Gewicht ist auf das von Hölder angeführte Argument, daß keinerlei Garantie dafür bestehe, daß der Beitretende die Verfügungen, die er durch seine Beitrittserklärung zu den seinigen mache, überhaupt gelesen habe,

---

[1]) Vgl. Planck-Ritgen, Erl. 2b zu § 2267 und dort Zitierte, Mantey, Das Recht, 1901, Seite 430.

[2]) Endemann, a. a. O. S. 119, Anm. 14. Dernburg, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 3. Auflage, Bd. V, Seite 254. Strohal a. a O. Seite 322, Anm. 13.

[3]) Iherings Jahrbücher, Bd. 41, Seite 324. Jastrow, a. a. O. Bd. I, Seite 191. A. M. die in Note [1]) Genannten.

nicht zu legen, da diese Gefahr in derselben Weise besteht, wenn der eine Ehegatte den Verfügungen des andern sofort beitritt; ein solcher Vertrauensmißbrauch ist zwar möglich, wird aber unter Ehegatten nicht oft vorkommen. Aeußerstenfalls kann sich der Beitretende, der über den Inhalt seiner Beitrittserklärung im Irrtum war, im Wege der Anfechtung schützen.

An den Inhalt der Beitrittserklärung werden besondere Erfordernisse nicht gestellt; jede Erklärung, die unzweideutig den Willen des zweiten Ehegatten, das Testament auch als seinen letzten Willen gelten lassen zu wollen, erkennen läßt, schafft ein gemeinschaftliches Testament. Ein Vermerk, wie „gelesen, genehmigt, unterschrieben", oder auch nur das eine Wort „einverstanden" ist daher ausreichend;[1]) eine solche Erklärung könnte allerdings inhaltlich niemals ein selbständiges Testament darstelleu, sie schafft aber das Testament des andern Ehegatten zu einem gemeinschaftlichen dadurch, daß sie inhaltlich in ihm aufgeht.[2])

In formeller Beziehung ist wesentliches Erfordernis der Beitrittserklärung räumliche Folge nach der Unterschrift des erstverfügenden Ehegatten, Beifügung des Orts- und Zeitdatums und eigenhändige Unterschrift des Beitretenden. Solange der erstverfügende Ehegatte seine Verfügungen noch nicht durch seine Unterschrift zum formgiltigen Testamente erhoben hat, ist auch eine Beitrittserklärung ausgeschlossen; diese setzt notwendig ein bestehendes Testament voraus. Die Erklärung muß ihrerseits mit Orts- und Zeitdatum versehen sein, selbst wenn diese mit denen der Hauptverfügung übereinstimmen; eine Unvollständigkeit in dieser Beziehung kann nicht durch den Nachweis ersetzt werden, daß der Beitritt an demselben Orte erfolgt sei und unmittelbar nach der Hauptverfügung.[3]) Ferner ist die Unterschrift ein unerläßliches Formerfordernis der Beitrittserklärung, das nicht durch eine im Kontexte der Erklärung vorkommende Namenszeichnung des Beitretenden ersetzt werden kann.[4]) Was als „Unterschrift" anzusehen ist, bestimmt sich nach den allgemeinen Anschauungen des Verkehrs. Sie muß jedenfalls handschriftlich sein und braucht nicht unbedingt räumlich dem Texte zu folgen; anderer-

---

[1]) Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts, Bd. 29, A, 24. Dernburg, a. a. O. Seite 254.

[2]) Proske, Die Unterschiede zwischen einem gemeinschaftlichen Testamente und einem Erbvertrage, Seite 36.

[3]) Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, Bd. 28, A Seite 301.

[4]) Ebendort, Bd. 24, A, Seite 180.

seits wird aber jedenfalls das, was unter einer Namenszeichnung steht, durch diese selbst dann nicht gedeckt, wenn der Zeichnende dies beabsichtigte; eine Willenserklärung durch eine neben diese gesetzte Namenszeichnung zu decken, ist dagegen nicht ausgeschlossen.[1])

Wenn demnach die Beitrittserklärung mit den Verfügungen des andern Ehegatten eine rechtliche Einheit bildet, so muß naturgemäß die Unwirksamkeit eines dieser Akte auch auf den andern von Einfluß sein. Ist der Verfügungsakt des ersten Ehegatten z. B. wegen mangelnder Form nichtig, so kann auch die Beitrittserklärung keinerlei Wirksamkeit erlangen, weil der Wille des Erklärenden sie von dem wirksamen Bestande der Hauptverfügung abhängig machte.[2]) Ist dagegen die Beitrittserklärung, etwa wegen fehlender Datierung, nichtig so kann dies auf den Stand der formgerecht errichteten ersten Verfügungen nur insoweit von Einfluß sein, als eine gegenseitige Abhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen von beiden Ehegatten gewollt war; alle andern Verfügungen des ersten Ehegatten müssen wirksam werden, weil sie unabhängig von den Entschließungen des andern Ehegatten keinerlei Willensübereinstimmung beider voraussetzen.[3])

Der § 2267 BGB, nach dem zur Wirksamkeit eines gemeinschaftlichen Testamentes eine Beitrittserklärung in dem erörterten Sinne „genügt“, gibt nur das Mindestmaß der an das eigenhändige gemeinschaftliche Testament gestellten Anforderungen an, schreibt aber keineswegs diese zugelassene Vereinfachung der Fassung als einzige Form vor. Daher ist nichts dagegen einzuwenden, wenn der beitretende Ehegatte ein übriges tut und statt eines bloßen Beitrittsvermerks den ganzen Kontext des Widerrufstestamentes noch einmal schreibt und unter Angabe von Ort und Zeit unterschreibt.

Schreibt nun der erstverfügende Ehegatte nicht den ganzen Inhalt des gemeinschaftlichen Testamentes, sondern jeder Ehegatte nur seine Verfügungen. so will Jastrow[4]) das Vorliegen eines gemeinschaftlichen Testamentes überhaupt nicht anerkennen. Dem ist jedoch nicht beizupflichten, da dem gemeinschaftlichen Testamente des Bürgerlichen Gesetzbuchs Korrespektivität nicht wesentlich ist (lege non distinguente nec nostrum est distinguere) und die Ehegatten unmöglich, wenn sie beide lediglich Einzelverfügungen über ihre

---

[1]) Dantz, in der Deutschen Juristen-Zeitung von 1904, Seite 660.

[2]) Goldmann, E., das gemeinschaftliche Testament, in den Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 48, Seite 70.

[3]) Goldmann, a. a. O., Seite 85.

[4]) Jastrow, a. a. O., Seite 190, Anm. 2.

gesonderten Vermögensobjekte getroffen haben, erklären können, daß diese Verfügung des andern auch ihr letzter Wille sei[1]). Es ist daher der Ansicht Eichhorns[2]) zu folgen, der einen gemeinschaftlichen testamentarischen Widerruf stets dann annimmt, wenn nur die Schriftstücke beider Ehegatten ein gemeinsames Ganze bilden. Wann dies im einzelnen der Fall ist, ist Frage der Auslegung und bestimmt sich in erster Linie nach dem erkennbar hervortretenden Willen der Testatoren. Eine rein formelle Einheit oder irgendwelche mechanische Verbindung der beiden Schriftstücke wird bei dem privatschriftlichen Testamente ebensowenig erfordert wie bei einem nach § 2231 Nr. 2 übergebenen öffentlichen Testamente; äußerlich kann zwar jede Verfügung den Anschein eines selbstständigen Testamentes haben, wenn nur der Inhalt ergibt, daß sie ein zusammenhängendes Ganze bilden sollen als Bestandteile eines gemeinschaftlichen Testaments.[3]) Dieselbe Wirkung will Borcherdt[4]) zwei Einzeltestamenten der Ehegatten übereinstimmenden Inhalts zuerkennen; durch ihr gemeinschaftliches Testament hätten sich die Ehegatten nicht vertragsmäßig gebunden, sondern grundsätzlich ihr freies Widerrufsrecht behalten; nun sei ein einseitiger testamentarischer Widerruf keineswegs nichtig, ihm sei lediglich hinsichtlich der sogenannten korrespektiven Verfügungen mit Rücksicht auf den andern Ehegatten die Wirksamkeit versagt; die Einseitigkeit des Widerrufs werde aber gehoben, wenn auch dieser testamentarisch seinen Willen in derselben Richtung kundgebe wie der erste Ehegatte. M. E. genügt jedoch eine solche, möglicherweise zufällige Willenseinheit der Erblasser nicht, wenn sie nicht beide diese Willensgemeinschaft gewollt haben; sonst wäre das Zustandekommen eines gemeinschaftlichen Testamentes eventuell von der Willensentschließung eines Ehegatten abhängig. Es ist daher daran festzuhalten, daß zum zweiseitigen Widerruf ein gemeinschaftliches Testament, das die Willenseinheit der Ehegatten erkennen läßt, erfordert wird, wenn auch die beiden Testamentsteile an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten errichtet sein können. In letzterem Falle sind zwar beide Testamente grundsätzlich als von einander unabhängig anzusehen, zufolge einer rein tatsächlichen Vermutung. Will sich der an dem Widerruf Interessierte

---

1) Goldmann, a. a. O., Seite 70 f.

2) Eichhorn, in der Zeitschrift des deutschen Notariatsvereins von 1901, Seite 247.

3) Entscheidung des Obersten Landgerichts München, Deutsche Juristen-Zeitung, 1903, Seite 511.

4) Borcherdt, Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung, Bd. 3, Seite 499.

darauf stützen, daß in dem konkreten Falle zwei vorhandene Testamente ein gemeinschaftliches ausmachen, so hat er diesen Ausnahmefall zu beweisen;[1]) in erster Linie bietet natürlich der Inhalt der Testamente eine Handhabe, insbesondere kann eine Bezugnahme in jedem Testament auf das andre die Wesentlichkeit der Zusammengehörigkeit ergeben.

Außer den bisher erwähnten ordentlichen Testamentsformen sind unter den besonderen Voraussetzungen den Ehegatten zur Betätigung eines beabsichtigten Widerrufs die Formen der außerordentlichen Testamentsformen gegeben. In dieser Beziehung ist nur hervorzuheben, daß in dem Dorftestamente protokollmäßig festgestellt sein muß, daß jedenfalls hinsichtlich eines Ehegatten die Besorgnis des nahen Todes bestehe (§§ 2266, 2249 BGB)

Die Tragweite des formgerecht in der geschilderten Weise durch gemeinschaftliches Testament erklärten Widerrufs bestimmt sich nach den in der Urkunde in die Erscheinung getretenen Willen der Erblasser. Die Verfügungen, auf die sie ihren Widerruf nicht erstrecken wollten, bleiben in ihrem Bestande unberührt, mag auch das frühere gemeinschaftliche Testament sie mit den widerrufenen in gegenseitiger Abhängigkeit getroffen haben. Hebt das Widerrufstestament die Verfügungen der einen Seite auf, während es die der andern unerwähnt läßt, so ist darin ein Verzicht der Erblasser auf die in dem früheren Testamente verfügte Abhängigkeit beider zu erblicken; eine analoge Anwendung der Bestimmung des § 2270, Abs. 1 BGB, die lediglich die Wirkung des einseitigen Widerrufs regelt, ist ausgeschlossen.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch kann die Wirksamkeit des Widerrufs auf einzelne Teile des Testamentes beschränkt, sie kann auch von einer Bedingung abhängig gemacht werden. Demnach ist insbesondere die sogenannte clausula privatoria zugelassen, durch welche die Erblasser ihre Verfügungen für den Fall widerrufen, daß der Bedachte ihren letzten Willen anfechten oder diesem zuwiderhandeln sollte; dann ist die Zuwendung auflösend bedingt, falls die Bedingung beim Eintritt des Erbfalles nicht erfüllt ist. Werden nun einzelne Teile des Widerrufstestamentes hinfällig, so ist die Wirkung des Widerrufs, soweit er noch Erfolg haben kann, aufrechtzuerhalten (§ 2084 BGB). War z. B. durch eine Einsetzung eines anderen Erben die frühere widerrufen, so ist dieser Widerruf auch dann noch wirksam, wenn der neu eingesetzte Erbe ausschlägt; in Ermangelung andrer Bestimmungen des

---

[1]) Pfälzische Rechtspraxis, Bd. 2, Seite 44.

gemeinschaftlichen Widerrufstestamentes tritt dann die gesetzliche Erbfolge ein. Läßt sich eine in einzelnen Teilen nicht zur Wirksamkeit gelangende Widerrufserklärung in andern Teilen aufrechterhalten, so ist die Wirkung die eines teilweisen Widerrufs.[1] In wieweit die Verfügungen des neuen gemeinschaftlichen Testamentes die des älteren aufheben wollen, ist Frage der Auslegung. Im Zweifel werden durch eine Erbeinsetzung nur frühere Erbeinsetzungen widerrufen, während die Vermächtnisse und sonstige Anordnungen grundsätzlich bestehen bleiben; wird eine Enterbung wieder aufgehoben, so tritt im Zweifel der frühere Rechtszustand wieder ein, die an die Stelle des Enterbten Getretenen verlieren wiederum ihre Erbenqualität.

Ist in dem Widerrufstestamente nicht klar ersichtlich, auf welche mehrere Testamentsbestimmungen sich der Widerruf beziehen soll, und läßt sich dies auch nicht durch Interpretation feststellen, so kann der Wille der Erblasser wegen Erklärungsfehlers grundsätzlich nicht wirksam werden. Eine Ausnahme ist jedoch dann zu machen, wenn die mehreren Verfügungen zu Gunsten oder Lasten derselben Person getroffen sind; in diesem Falle wird dem Bedachten bezw. Beschwerten ein Wahlrecht einzuräumen sein, welche der mehreren Zuwendungen er wählen, welche der mehreren Auflagen er erfüllen will, daher indirekt, welche Verfügung er als widerrufen gelten lassen will. Dies entspricht auch durchaus der materiell-prozessualen Gestaltung der Sache:[2] Klagt nämlich der Bedachte gegen den Erben auf Herausgabe der mehreren Zuwendungen, so kann der Erbe mit Erfolg einwenden, daß die Verfügung auf die sich die Klage stützt, widerrufen sei; wählt er dagegen nur eine und klagt auf diese, so schlägt der Einwand des geschehenen Widerrufs nicht durch, da hinsichtlich dieses Prozeßgegenstandes der beklagte Erbe die Wirksamkeit der unklaren Widerrufserklärung nicht beweisen kann.

Enthält das Widerrufstestament lediglich die Erklärung, daß das frühere gemeinschaftliche Testament aufgehoben werde, so tritt die gesetzliche Erbfolge ein.

Wird nun beim Erbfalle ein Testament vorgefunden, so besteht an sich die Möglichkeit, daß es, obwohl äußerlich unversehrt, bereits durch ein späteres widerrufen ist; da aber aber eine rein tatsächliche Vermutung hiergegen streitet, hat der, welcher sich auf den Widerruf stützt, diesen zu beweisen, und zwar nicht nur die Errichtung eines späteren Testamentes, sondern auch dessen Inhalt, da nicht schon in der bloßen Existenz eines solchen ein Widerruf liegt.

[1]) R. G., Bd. 29, Nr. 82. [2]) Dernburg, a. a. O., § 40, Anm. 9.

Im allgemeinen ist die Wirkung des Widerrufs bei jeder gewählten Testamentsform dieselbe. Die Wirksamkeit des in einem privilegierten Testamente erklärten Widerrufs ist jedoch an die zeitliche Schranke der Wirksamkeit dieses Testamentes gebunden (§ 2252 BGB).

Eine erhöhte Wirkung des vor einem Richter errichteten Widerrufstestamentes kann sich jedoch daraus ergeben, daß zugleich die Form des Ehevertrages gewahrt ist; daher kann insbesondere durch gegenseitige Erbeinsetzung beider Ehegatten, die in allgemeiner Gütergemeinschaft leben, in einem solchen Testamente die fortgesetzte Gütergemeinschaft ausgeschlossen werden, wozu grundsätzlich ein Ehevertrag erforderlich ist (§§ 1434, 1437 BGB).

In allen Fällen, in denen der Widerruf durch gemeinschaftliches Testament erklärt ist, tritt der volle Effekt erst mit dem Tode eines Ehegatten hervor; solange beide leben, können sie jederzeit durch Aufhebung ihres Widerrufstestamentes die Bestimmungen ihres früheren Testamentes wieder in volle Wirksamkeit treten lassen, wie wenn sie nie widerrufen wären (§ 2257 BGB).

Dieser Effekt tritt grundsätzlich ein, wenn nicht die Erblasser gleichzeitig mit dem zweiten Widerruf einen andern Willen testamentarisch erklären. Mommsen[1]) will im Zweifel annehmen, daß die Erblasser zu dem „allgemein Richtigen und den Verhältnissen Entsprechenden" zurückkehren wollen; eine solche einseitige Bevorzugung der gesetzlichen Erbfolge liegt aber nicht im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Hat bei dem Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments ein Ehegatte, nachdem er wegen Geistesschwäche entmündigt war, mitgewirkt, so ist die Möglichkeit eines zweiten Widerrufs nicht mehr gegeben, da ein Entmündigter nur zum Widerruf einer vor seiner Entmündigung errichteten Verfügung befähigt ist. Bevor aber dieser Fall oder der Tod eines Ehegatten eingetreten ist, ist der Widerruf stillschweigend unter der Resolutivbedingung getroffen, daß ein zweiter Widerruf nicht erfolgt. Den so entstehenden Zustand der Ungewißheit bezeichnet Endemann als „Hemmung der Wirksamkeit", nicht völlig korrekt, da sich die Wirksamkeit eines Testamentes erst mit dem Erbfalle, also nach Beseitigung des Schwebezustandes, äußert.

Was von den Wirkungen des gemeinschaftlichen Testamentes gilt, gilt in erhöhtem Maße von einem zwischen beiden Ehegatten geschlossenen Erbvertrage. Dieser bewirkt

---

[1]) Im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 76, Seite 251.

grundsätzlich vertragsmäßige Bindung beider Ehegatten. Durch ihn sind im Zweifel sämtliche früheren Verfügungen als widerrufen anzusehen, die dem Rechte eines eingesetzten Vertragserben entgegenstehen oder die Verwirklichung einer Auflagenanordnung beeinträchtigen würde (§ 2276 BGB).

§ 3.
Vernichtung der Urkunde.

„Ein Testament kann auch dadurch widerrufen werden, daß der Erblasser in der Absicht, es aufzuheben, die Testamentsurkunde vernichtet oder an ihr Veränderungen vornimmt, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt" (§ 2255 BGB).

Das Gesetz fordert also ein äußeres und ein inneres Moment, einerseits die Vernichtung oder Veränderung der Urkunde, andrerseits die Aufhebungsabsicht. Beide Momente müssen beim Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments notwendig von beiden Ehegatten erfüllt sein; fehlt eins dieser Momente auch nur in der Person eines Erblassers, so liegt ein gemeinschaftlicher Widerruf, der allein das gemeinschaftliche Testament als Ganzes berühren kann, nicht vor.

Den schwierigen, oft kaum zu erbringenden Nachweis des Aufhebungswillens ersetzt das Gesetz durch die Vermutung, daß der Erblasser, welcher die Vernichtung oder Veränderung der Urkunde vorgenommen hat, die Absicht hatte, das Testament aufzuheben. Es muß daher die Vernichtung oder Veränderung der Urkunde von beiden Ehegatten unmittelbar ausgehen, von beiden beabsichtigt sein, braucht aber nicht — rein physisch betrachtet — von beiden ausgeführt zu sein. Regelmäßig wird der eine Ehegatte die Umgestaltung der Urkunde vornehmen, während der andre nur dabei steht. Hier genügt anscheinend zur Giltigkeit des von einem Ehegatten einseitig erklärten Widerrufs stillschweigende Zustimmung des andern. Dies ist jedoch nur scheinbar: Der Widerrufsakt geht in Wirklichkeit unmittelbar von beiden Ehegatten aus, der handelnde ist als bloßes Instrument beider anzusehen. Ebenso könnten sich auch die Ehegatten bei der Ausführungshandlung eines Dritten bedienen, z. B. die Testamentsurkunde durch ihren Diener verbrennen lassen. Nur die Stellvertretung im Willen ist ausgeschlossen, weil das, was dem Testamente ohne Willen der Testatoren widerfährt, auf seinen rechtlichen Effekt nicht von Einfluß sein kann.[1]) Daher kann auch eine nachträgliche Genehmigung der von einem Ehegatten

[1]) So schon Brinz, Pandekten, 2. Auflage, Bd. III, Seite 101.

einseitig vorgenommenen Vernichtung einen als gemeinschaftlich giltigen Widerruf nicht bewirken; hier würde ja die Widerrufsabsicht der Erblasser nicht schon aus der Vernichtung der Urkunde, sondern erst aus der später erfolgenden Erteilung der Genehmigung hervorgehen, es würde also eine wesentliche gesetzliche Voraussetzung für den Eintritt des Widerrufseffekts, die beiderseitige Widerrufsabsicht im Augenblicke der Vornahme der Handlung, fehlen.

Cosack[1]) will zwar allgemein die Genehmigung jeder Vernichtung der Testamentsurkunde durch einen Unbefugten als wirksam zulassen; weil der Widerruf nicht schon durch die Anordnung, sondern erst durch die tatsächliche Ausführung perfekt werde, komme es auf die Widerrufsabsicht im Augenblicke der Vornahme der Handlung nicht an.[2]) Er verkennt aber, daß es sich hier lediglich um eine zeitliche Hinausschiebung der Wirkung handelt.[3]) Andrerseits ist aber eine nachträgliche Genehmigung nicht geradezu undenkbar[4]): sind die Erblasser z. B. in der Lage, später noch einmal eine Vernichtungshandlung vorzunehmen dadurch, daß sie ihre zerrissen vorgefundene Testamentsurkunde verbrennen, so liegt darin zweifellos ein giltiger Widerruf.

Eichhorn[5]) betont, daß der Erste Entwurf vorsätzliches Handeln der Erblasser bei Umgestaltung der Urkunde voraussetze, das Bürgerliche Gesetzbuch dagegen nicht mehr. Dies ist m. E. unrichtig, insofern die vom Gesetz erforderte Absicht, die Verfügung aufzuheben, den Vorsatz notwendig in sich schließt; eine sachliche Aenderung ist durch diese veränderte Fassung weder bewirkt noch beabsichtigt.[6]) Auch heute ist selbstverständlich geschäftsfähiger Zustand beider Ehegatten bei Vornahme der Testamentsvernichtung notwendige Voraussetzung.

Eine Schwierigkeit ergibt sich hinsichtlich der Beweislast, wenn beim Erbfalle sich herausstellt, daß die gemeinschaftliche Testamentsurkunde vernichtet oder in der vom Gesetze qualifizierten Art verändert ist. Borcherdt[7]) verlangt in diesem Falle allgemein, daß der, welcher behauptet, die Verstümmelung der Urkunde rühre nicht von den Erblassern her, dies zu

---

[1]) Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 4. Auflage, Bd. II, Seite 695.

[2]) Vgl. RG, Bd. 20, Seite 330.

[3]) Wilke, Verhandlungen des 29. deutschen Juristentages, Bd. I, Note 3 zu § 2255.

[4]) Pfaff-Hofmann, a. a. O., Bd. II, Seite 656.

[5]) Eichhorn, Das Testament, 4. Auflage, Anm. 3 zu § 2255.

[6]) Prot. Bd. V, Seite 353.

[7]) a. a. O., Seite 486.

beweisen habe. Das ist jedoch in dieser Allgemeinheit nicht richtig, da keine gesetzliche Vermutung dafür besteht, daß eine solche Verstümmelung auf ein Handeln des Erblassers, insbesondere auf ein Handeln beider Erblasser, zurückzuführen sei. Es muß vielmehr, wenn die Testamentsinteressenten nötigenfalls die formgerechte Errichtung und den Inhalt des Testaments nachgewiesen haben, nach allgemeinen Grundsätzen der, welcher sich auf den Widerruf stützt, diese rechtshindernde Tatsache beweisen. Hierzu genügt aber vermöge der gesetzlichen Vermutung der Nachweis, daß die Erblasser die Urkunde vernichtet haben. Um diese Vermutung zu entkräften, müßten dann die Testamentsinteressenten Umstände dartun, die ergeben, daß die Zerstörung der Urkunde auf casus im weitesten Sinne zurückzuführen sei, daß die Erblasser jedenfalls nicht beide in Widerrufsabsicht oder testierfähigem Zustande gehandelt haben.[1]) Im einzelnen Falle werden aber bei der Beweiswürdigung alle besonderen Umstände in Betracht zu ziehen sein. Es kann z. B. daraus, daß der Erblasser die Urkunde stets mit besonderer Sorge aufbewahrt hat, oder aus der Art der Ausführung der Urkundenumgestaltung hervorgehen, daß sie nicht zufällig geschehen sein kann, daß sie der Erblasser vorgenommen hat.

Haben die Ehegatten sich zur Vornahme der Vernichtungshandlung eines Dritten bedient, so trifft — genau genommen — der Wortlaut des § 2255 Abs. 2 BGB nicht zu; die gesetzliche Vermutung ist jedoch extensiv zu interpretieren dahin, daß die Erblasser, wenn einmal feststeht, daß der Dritte in ihrem Auftrage als ihr Instrument gehandelt hat, bei Erteilung dieses Auftrags und auch noch zur Zeit der tatsächlichen Vornahme der Handlung die Widerrufsabsicht hatten.[2]) Die Tatsache, daß der Dritte in Ausübung des Willens der Ehegatten handelte, muß dagegen nötigenfalls bewiesen werden, und dieser Beweis wird wohl in den seltensten Fällen schwierig sein, wenn nicht gerade der Beauftragte unbekannt oder bereits gestorben ist. — Diese Lösung entspricht zweifellos dem Wesen der aufgestellten gesetzlichen Vermutung; diese hätte bei völlig strikter Auslegung, daß sie nur platzgreifen sollte, wenn die Erblasser persönlich die Ausführungshandlung vorgenommen haben, ihren Zweck verfehlt. Ein ersichtlicher Grund, gerade in diesem Falle den Nachweis der Widerrufsabsicht beider Erblasser,[3]) einer inneren Tatsache, zu verlangen, liegt nicht vor; praktisch würde ein solcher Beweis nach dem Tode

[1]) Brock, Das eigenhändige Testament, 1900, Seite 104 f.
[2]) Brock, a. a. O.
[3]) So Endemann, a. a. O., Seite 214.

der Erblasser auch nicht zu führen sein, wenn nicht die Interessenten bereits bei Lebzeiten beider Ehegatten dafür gesorgt haben.

Was geschehen muß, um das äußere Moment der hier behandelten Widerrufsform — Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde -- zu erfüllen, ist reine Tatfrage.

Verbrennen, Zerreißen, Zerschneiden der Urkunde, Durchstreichen, Ausradieren und Unleserlichmachen des Geschriebenen sind gebräuchliche Formen. Ebenso kann der Wille, die in dem gemeinschaftlichen Testamente enthaltenen Willenserklärung aufzuheben, unter Umständen durch Einklammern ausgedrückt werden.[1]) Zwar ist jede Einklammerung nach der hier maßgebenden Verkehrsanschauung an sich nicht zur Aufhebung der schriftlichen Willenserklärung ausreichend, da auch das Eingeklammerte gilt, und zwar als Parenthese. Werden dagegen über die eingeklammerten Worte andere gesetzt, so ist darin ein wirksamer Widerruf zu erblicken. Ja, die an die Stelle gesetzten Worte können sogar die Wirkungen eines positiven Testamentes haben, wenn bei der Umwandlung allen Anforderungen eines gemeinschaftlichen Testamentes genügt wird. Soweit das frühere Testament als Basis für die neue Urkunde benutzt werden kann, ist dies zulässig; selbst gegen die Benutzung der früheren Unterschriften ist nichts einzuwenden. Dagegen muß unter allen Umständen das Datum der Veränderung, oder im Rechtssinne der Neuschaffung der Urkunde hinzugefügt werden.

In dem bloßen Wegwerfen der Testamentsurkunde, dem Erbrechen des sie verschließenden Umschlags oder dem Erbrechen der Siegel ist dagegen ein Widerruf niemals zu erblicken, da stets Veränderungen an der Urkunde selbst vorausgesetzt werden;[2]) daher liegt auch ein Widerruf nicht vor, wenn eine an sich ausreichende Einwirkung nur an einer Abschrift oder einer ersten Niederschrift vorgenommen wird.[3])

Sind nun mehrere Exemplare einer Testamentsurkunde ausgefertigt, was bei gemeinschaftlichen Testamenten gerade häufig der Fall ist, so muß grundsätzlich die Vernichtung eines Exemplars zur Begründung des Widerrufseffekts genügen, weil hiermit die gesetzlichen Erfordernisse erfüllt sind; demgegenüber kann ein rein äußerliches Moment wie die Tatsache, daß noch eine intakte Testamentsurkunde, in der der letzte Wille der Ehegatten niedergelegt ist, vorhanden bleibt,

---

[1]) Das Recht, Bd. 8, Seite 284.

[2]) Dernburg, a. a. O., Seite 112, Anm. 11.

[3]) Endemann, a. a. O. § 50, Anm. 16. RG, Bd. 14, Nr. 43.

nicht entscheidend sein.[1]) Auch wäre es nicht praktisch, diese Widerrufsform für den Fall, daß den Erblassern lediglich ein Exemplar nicht erreichbar ist, indirekt auszuschließen und die Errichtung eines Testamentes zu fordern.

Hat nun aber jeder der beiden Ehegatten ein Exemplar in Händen, so wird aus der Vernichtung nur einer Urkunde, regelmäßig nur die Widerrufsabsicht dessen hervorgehen, der diese Urkunde im Besitz hatte. Es ist jedoch der Beweis, daß die Vernichtung von beiden Ehegatten ausgegangen ist, durchaus zuzulassen.[2]) Andrerseits können in einem konkreten Falle besondere Umstände ergeben, daß durch die Vernichtung eines Testamentsexemplars der darin enthaltene letzte Wille nicht widerrufen werden solle, wenn z. B. die Erblasser die Urkunde, die durch einen Tintenklex verunziert ist, verbrennen, weil sie ja noch ein Exemplar dieses selben Testamentes haben. Mehrere Exemplare der Testamentsurkunde sind übrigens nur dann vorhanden, wenn alle Duplikate mit der Kraft von Originalen ausgefertigt sind, dagegen nicht, wenn nur ein Hauptexemplar und im übrigen Abschriften existieren.[3])

Regelmäßig wird diese Form des Widerrufs durch Einwirkung auf die Urkunde des gemeinschaftlichen Testamentes nur bei privatschriftlichen Testamenten vorkommen; sie ist jedoch bei öffentlichen Testamenten auch keineswegs ausgeschlossen und nach dem Satze ‚lege non distinguente nec nostrum est distinguere' als zulässig zu erachten.[4]) Haben z. B. die Erblasser ihre Testamentsurkunde aus der besonderen amtlichen Verwahrung in unzurechnungsfähigem Zustande oder auf ungesetzliche Weise, etwa durch Täuschung des Richters zurückerhalten, so können sie zweifellos das in ihren Händen befindliche, noch unwiderrufene Testament durch Vernichtung der Urkunde widerrufen; denn, daß ein amtlich verwahrtes Testament „nur" durch Rücknahme aus der Verwahrung solle widerrufen werden können, schreibt das Gesetz nicht vor. Auch kann der Umstand, daß die Ehegatten verpflichtet sind, die öffentliche Testamentsurkunde wieder zur amtlichen Verwahrung abzuliefern, die Wirksamkeit des trotzdem getätigten Widerrufaktes nicht hindern.

Auch die Wirkungen dieser Widerrufsform bestimmen sich in erster Linie nach dem Willen der Erblasser. Es bedarf daher keiner Erwähnung, daß die Willensaufhebung sich auf einen Teil des in der gemeinschaftlichen Testamentsurkunde

---

[1]) Brock, a. a. O., Seite 103.
[2]) Borcherdt, a. a. O., Seite 486.
[3]) Endemann, a. a. O., Seite 215. RG Bd. 12, Seite 184.
[4]) Mot., Bd. V, Seite 300.

niedergelegten Willens beschränken kann[1]), soweit sie faktisch möglich ist. Der einfachste Fall ist z. B. durchstreichen eines Abschnitts des Testaments oder des Namens eines Bedachten.[2]) Vernichten die Ehegatten dagegen die ganze Urkunde, so müssen sämtliche Verfügungen als widerrufen angesehen werden. Wollen die Ehegatten einzelne aufrecht erhalten, so müssen sie dies durch neue Verfügung von Todeswegen tun.

Die hier fraglichen rein faktischen Akte vertragen naturgemäß weder die Hinzufügung von Zeitbestimmungen noch Bedingungen. Sie können auch nicht durch einen späteren Widerruf in der Weise rückgängig gemacht werden, daß damit die Bestimmungen des gemeinschaftlichen Testamentes wiederauflebten. Rein faktisch ist ein Rückgängigmachen in vielen Fällen möglich, z. B. durch Zusammenkleben der zerrissenen Urkunde, Unterpunktieren des Durchstrichenen oder Ausradieren der Durchstreichung; das Gesetz erkennt einen solchen zweiten Widerruf aber nur hinsichtlich des durch Testament erklärten Widerrufs an (§.2257 BGB).

§ 4.

Rücknahme der Urkunde aus der amtlichen Verwahrung.

Ist das gemeinschaftliche Testament in öffentlicher Form oder in der Form des Dorftestamentes errichtet, so kann es auch dadurch widerrufen werden, daß die in amtliche Verwahrung gebrachte Urkunde beiden Erblassern zurückgegeben wird (§§ 2256, 2272 BGB).

Die Ehegatten können jederzeit die Rückgabe verlangen, einzeln oder gemeinsam, privatschriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers. Ein solches Verlangen übt jedoch noch keinerlei Wirkungen auf den Bestand des Testamentes aus, sondern stellt sich lediglich als eine der Verwahrungsbehörde gegenüber abgegebene Willenserklärung dar, gerichtet auf die künftige Rückgabe der Urkunde. Solange das Testament in amtlicher Verwahrung bleibt, behält es seine Wirksamkeit, mag auch das Verlangen der Rückgabe rechtswidrig unberücksichtigt geblieben sein. Andrerseits ist die Widerrufswirkung der tatsächlich geschehenen Rückgabe keineswegs von der Wirksamkeit dieses Antrages abhängig; ein solcher Antrag wird nicht einmal erfordert. Trotzdem ist ein solcher Antrag, der deutlich den auf die Rücknahme der Urkunde gerichteten

---

[1]) Mot., Bd. V, Seite 301.

[2]) Lafrenz, Das Recht, 1902, Seite 553. Reichsgerichtsentscheidungen in der Juristischen Wochenschrift von 1903, Seite 299, 1904, Seite 47.

Willen der Ehegatten erkennen läßt, nicht ohne jede Bedeutung. Liegt ein solcher Antrag vor und lassen sich die Ehegatten dann später die Urkunden tatsächlich zurückgeben, so besteht doch, wenn nicht besondere Umstände das Gegenteil ergeben, eine rein tatsächliche Vermutung dafür, daß der Wille der Erblasser noch bei der Rückgabe fortbestand. Daher wird auch ein Antrag eines zum Widerrufe nicht fähigen Erblassers nicht berücksichtigt werden; sollte es aber doch geschehen, so ist lediglich der Zustand der Ehegatten bei der tatsächlichen Rücknahme entscheidend,[1]) da an diesen tatsächlichen Akt das Gesetz den Widerrufseffekt knüpft. Demgegenüber wendet Strohal[2]) ein, daß nicht in allen Fällen das Verlangen der Rückgabe als wiederholt gelten könne; wo dies nicht der Fall sei, müsse notwendig vorausgesetzt werden, daß beide Erblasser zur Zeit, wo sie ihren Antrag stellten, die Widerrufsfähigkeit besaßen. Dies ist m. E. nicht richtig, weil dadurch eine Voraussetzung aufgestellt wird, die das Gesetz zur Begründung der Widerrufsfiktion nicht erfordert; „durch die Rücknahme" gilt das Testament als widerrufen, mögen auch beide Ehegatten diesen Effekt weder gekannt noch gewollt haben. Der Mangel des Aufhebungswillens kommt also nicht in Betracht, er kann lediglich ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums im Motive gewähren (§ 2078 BGB);[3]) der Mangel wird jedoch geheilt, wenn die tatsächliche Rückgabe ohne Willensmangel erfolgt Von Erheblichkeit ist dagegen ein den Rücknahmeakt selbst betreffender Willensmangel. Der Wille beider Ehegatten, die Urkunde aus der Verwahrung zurückzunehmen, ist notwendige Voraussetzung der gesetzlichen Fiktion; ist dieser Wille weder vorhanden noch erklärt, so liegt ein Widerruf überhaupt nicht vor.

Geschieht dagegen die Rückgabe der Urkunde an beide Ehegatten, ohne daß sie Widerspruch erheben, so ist zwar zuzugeben, daß darin nicht in jedem Falle eine Erneuerung eines vorher etwa gestellten, aber wegen Widerrufsunfähigkeit eines Ehegatten nichtigen Antrages gesehen werden kann; dies vor allen Dingen, z B., wenn ein Ehegatte das von dem andern ausgefertigte Schriftstück, das die Rückgabe des Testaments verlangt, in einem Zustand vorübergehender Störung der Geistestätigkeit unterschrieben, später in handlungsfähigem Zustande die Rückgabe ruhig über sich ergehen lassen hat, ohne sich dessen völlig bewußt zu werden.[4])

[1]) Matthiaß, a. a. O., Seite 423.
[2]) Strohal, a. a. O., Seite 316, c.
[3]) Strohal, a. a. O., Seite 317, d.
[4]) Strohal, a. a. O., Seite 316, Anm. 16.

Andrerseits liegt aber darin, daß sich beide widerspruchslos die Urkunde aushändigen lassen, die konkludente Erklärung, sie auch wirklich zurückhaben zu wollen; daran knüpft aber das Gesetz die Fiktion, die Ehegatten hätten das Testament zum Zwecke des Widerrufs zurücknehmen wollen. Um sich gegen eine solche Auslegung seines Verhaltens zu schützen, wird der Ehegatte mit Recht auf die Anfechtung verwiesen, da sein Wille, das Testament durch die Rücknahme nicht aufheben zu wollen, in keiner Weise in die Erscheinung getreten ist. Es ist daher m. E. der Ansicht Küntzels[1]) beizupflichten, daß in der Empfangnahme der Testamentsurkunde stets der auf die Rücknahme gerichtete Wille zutage tritt. Das hiergegen von Strohal[2]) angeführte Argument, daß von einem Rücknahmewillen der Erblasser z. B. dann nicht die Rede sein könne, wenn sie unter besonderen Umständen nicht gewahr wurden, daß ihnen eine andre als die zurückverlangte Urkunde ausgehändigt sei, ist nicht entscheidend; denn bei einer solchen Verwechslung der Urkunde ist § 2256 und ebenso § 2272 BGB schlechthin nicht anwendbar.[3]) Geschah die Rückgabe dagegen an beide Ehegatten mit ihrem Willen, war dabei ein Ehegatte lediglich durch einen Irrtum im Beweggrunde veranlaßt, so kann er die Rückgabe zunächst und die in der Empfangnahme der Urkunde liegende Willenserklärung anfechten;[4]) nach erfolgreicher Anfechtung ist dann der gesetzlichen Fiktion ihr Boden entzogen, und so verliert indirekt auch der Widerruf seine Wirksamkeit.

Eine besondere Bedeutung legt Strohal[5]) dem Antrage auf Herausgabe des amtlich verwahrten öffentlichen Testamentes bei, wenn diese Antragsschrift zugleich sämtlichen Erfordernissen eines Testamentes entspricht. Dies ist m. E. nicht richtig, weil die Ehegatten zunächst nur den Rücknahmewillen geäußert haben, während vollkommen dahinsteht, ob sie auch dadurch das Testament haben widerrufen wollen; außerdem hatten sich die Ehegatten auch durch einen gemeinsam gestellten Antrag weder untereinander noch dem Gerichte gegenüber gebunden, und jeder einzelne konnte bis zur tatsächlichen Bewirkung der Rückgabe diese durch seinen Widerspruch verhindern, und dieses Recht darf ihm dadurch nicht verkürzt werden, daß man dem Antrage im Wege der Konversion die Bedeutung einer letztwilligen Verfügung verleiht.

[1]) Küntzel, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 41, Seite 600.
[2]) Strohal, a. a. O., Seite 315, Anm. 15.
[3]) Mot, a. a. O., Seite 302.
[4]) Küntzel, a. a. O., Seite 601.
[5]) Strohal, a. a. O., Seite 315.

Wenn das Gesetz bestimmt, daß die Rückgabe der gemeinschaftlichen Testamentsurkunde nur an beide Erblasser persönlich erfolgen „darf“, so ist das zwar nur eine instruktionelle Vorschrift; gleichzeitig wird dadurch aber, da ihre Befolgung für die Fiktion des Widerrufs Voraussetzung ist, jede Stellvertretung im Willen ausgeschlossen. Grundsätzlich zugelassen ist dagegen naturgemäß die Beauftragung eines Ehegatten oder eines Dritten seitens beider, die Urkunde in Empfang zu nehmen;[1]) die Rückgabe geschieht dann an die verlängerte Hand der Ehegatten mit der besonderen Maßgabe, daß der Effekt erst in dem Augenblick eintritt, wo die Urkunde an die Erblasser gelangt. Wird sie dagegen einem, der sich fälschlich als Vertreter ausweist, zurückgegeben, so kann der Widerrufseffekt durch die Rückgabe nicht eintreten, mögen auch beide Ehegatten die Urkunde nachher an sich nehmen und ausdrücklich die Handlungen des Dritten genehmigen; das Testament bleibt giltig. Ebenso liegt der Fall, wenn die Rückgabe an einen Ehegatten wider Willen des andern bewirkt wird; auch dann kann von einem Handeln des Ehegatten als Boten keine Rede sein, eine rechtsgeschäftliche Stellvertretung ist aber nicht zugelassen. Daher kann auch, wenn ein Ehegatte stirbt, nachdem beide den Antrag auf Rückgabe ihres gemeinschaftlichen Testamentes aus der amtlichen Verwahrung gestellt haben, der Widerruf nicht mehr perfekt werden; zur Begründung der gesetzlichen Fiktion wird stets das Gelangen der Urkunde an beide, sei es unmittelbar oder mittelbar, vorausgesetzt, ohne daß es auf den gestellten Antrag ankommt.

Wenn auch die besondere amtliche Verwahrung kein notwendiges Formerfordernis des öffentlichen Testamentes ist, wie Endemann[2]) meint, so ist die Tatsache der amtlichen Verwahrung doch eine vom Gesetze vorausgesetzte Vorbedingung des Widerrufseffektes der Rückgabe; daher ist dem Richter und Notar auch verboten, vorher die Urkunde zurückzugeben.[3]) Ohne vorherige „besondere“ amtliche Verwahrung ist selbstverständlich ein öffentliches Testament nicht schlechthin unwiderruflich; nur diese Form des Widerrufs, der seine Wirkung auf eine gesetzliche Fiktion gründet, ist ausgeschlossen, weil eine Vorbedingung fehlt.[4]) Dies ist m. E. auch durchaus im Interesse der Sache: Solange das öffentliche Testament noch nicht in amtlicher Verwahrung war, besteht eine

[1]) Strohal, a. a. O., Seite 315 a und Anm. 14.
[2]) Endemann, a. a. O., Seite 215, b.
[3]) Wilke, a. a. O., Bem. 5 zu § 2256.
[4]) Anders Jastrow, a. a. O., Bd. I, Seite 204.

Verpflichtung zur Ablieferung und ein Recht der zuständigen Verwahrungsstelle, die Ablieferung zu verlangen. Würden nun die Erblasser, wenn etwa der Notar ihnen die Testamentsurkunde zurückgegeben haben sollte, tatsächlich abliefern, so wird wohl niemand an dem wirksamen Bestande des Testamentes zweifeln; ein aus der amtlichen Verwahrung zurückgegebenes Testament könnte dagegen niemals dadurch wieder wirksam werden, daß es noch einmal in die amtliche Verwahrung gebracht wird.

Wie im einzelnen Falle die Rückgabe der gemeinschaftlichen Testamentsurkunde erfolgen soll, richtet sich nach dem Wunsche der Erblasser. Einigen sie sich nicht auf einen von ihnen oder einen Dritten, den sie zur Entgegennahme der Urkunde ermächtigen, so muß die Rückgabe an beide gleichzeitig geschehen.[1]) Dies kann Schwierigkeiten mit sich bringen, wenn nicht beide Ehegatten vor Gericht erscheinen können. Sind sie in der Lage, vor einem andern Gericht als der Verwahrungsstelle beide zu erscheinen, so kann durch das Gericht die Rückgabe im Wege der Rechtshilfe bewirkt werden. Können sie auch dies nicht, so kann die Rückgabe durch den Richter auf Antrag der Ehegatten in ihrer Wohnung bewirkt werden.[2]) Dies Mittel versagt jedoch, sobald die Ehegatten nicht zusammen wohnen und auch sonst nicht zusammenkommen.

Weil die hier behandelte Form des Widerrufs ihren Effekt der gesetzlichen Fiktion des § 2256 BGB verdankt, kommt es auf den Willen der Ehegatten nicht an, der Widerruf ergreift rechtsnotwendig die sämtlichen Testamentsbestimmungen, ohne daß die Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung möglich wäre. Es erscheint im Grunde bedenklich, einer faktischen Tatsache, zumal auf dem Gebiete des Testamentsrechts, eine so hohe Bedeutung durch gesetzliche Fiktion zu verleihen; praktisch dürften hieraus jedoch „mißliche Folgen", wie Schmidt[3]) meint, kaum entstehen, da die Ehegatten regelmäßig durch den Verwahrungsbeamten über diese Wirkung unterrichtet sein werden.

Der volle Widerrufseffekt tritt nun sofort mit der tatsächlich bewirkten Rückgabe ein, da ein Rückgängigmachen dieses Widerrufsaktes unmöglich ist. Ein solcher zweiter Widerruf würde dem Wesen der gesetzlichen Fiktion widerstreiten. Daher kann das formgerecht aus der besonderen amtlichen Verwahrung zurückgegebene Testament weder dadurch

---

[1]) Vergl. Boschan, a. a. O., Bd. II., Seite 171.

[2]) Vergl. Mot., Bd. V, Seite 303. — Jastrow, a. a. O., Bd. II., Seite 298.

[3]) Schmidt, Das gemeinschaftliche Testament, Seite 30.

wieder wirksam werden, daß es von neuem in die amtliche Verwahrung gebracht wird,[1]) noch dadurch, daß die Ehegatten es unter Angabe von Ort und Zeit mit einem unterschriebenen Vermerke versehen, daß es fernerhin als ihr Testament gelten solle, wenn sie auch in allen Punkten die Form eines gemeinschaftlichen privatschriftlichen Testamentes gewahrt haben.[2]) Damit ist aber nicht ausgeschlossen, lediglich auf der Basis der alten Urkunde ein neues gemeinschaftliches Testament in privatschriftlicher Form zu errichten.

Bei einem amtlich verwahrten privatschriftlichen Testamente hat die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung keine Wirkung. Streitig ist, ob die Fiktion auch den Fall trifft, daß eine allen Anforderungen eines privatschriftlichen Testamentes bereits genügende Urkunde, die dem Richter gemäß § 2238 Abs 1 BGB übergeben und als öffentliches Testament somit in amtliche Verwahrung gebracht ist, aus dieser zurückgegeben wird. Hellmann spricht sich mit Entschiedenheit dafür aus, daß ein solches Testament nach der Rückgabe aus der Verwahrung noch als privatschriftliches aufrechterhalten werden müsse. Er begründet diese Ansicht in folgender Weise:[3]) „Wer nach § 2231 Nr. 2 BGB eine Urkunde hergestellt hat, hat ein giltiges Testament errichtet. Wer diese Urkunde nach § 2238 BGB übergibt, errichtet ein neues Testament. Hierdurch wird aber das ersterrichtete gemäß § 2258 Abs. 1 BGB nicht aufgehoben, da beide inhaltlich gleich sind. Wenn nun der Testator das nach § 2238 BGB errichtete Testament durch Rücknahme nach § 2256 Abs. 1 BGB widerruft, so bringt dieser Widerruf den des holographischen ersten Testamentes nicht mit sich. Es verliert dadurch den Charakter als öffentliches Testament, besteht aber als eigenhändiges fort."

Dieser Ansicht ist m. E. beizupflichten mit der Maßgabe, daß das formgerecht errichtete privatschriftliche Testament durch die Uebergabe an den Richter unter Abgabe der solennen Erklärung zum öffentlichen Testamente wird und aufhört, privatschriftliches zu sein, bis es seines Charakters als öffentliches Testament entkleidet wird. Dieses Resultat entspricht auch durchaus den praktischen Bedürfnissen und der Billigkeit, da oft privatschriftliche Testamente mit Rücksicht auf die Ortsüblichkeit oder der größeren Sicherheit wegen in der solennen Form einem Richter oder Notar übergeben werden.

---

[1]) Dronke, Veröffentlichung des Rheinischen Amtsanwalts-Vereins Bd. 18, Seite 36.

[2]) Broschan, a. a. O., Seite 205.

[3]) Hellmann, Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 39, Seite 227.

Daß dann eine Verpflichtung besteht, diese Urkunde zur amtlichen Verwahrung abzuliefern, beweist selbstverständlich keineswegs, daß die Urkunde nun ein für alle Mal die Fähigkeit, privatschriftliches Testament zu sein, verloren haben solle. Der Widerruf durch Rücknahme aus der Verwahrung trifft das Testament vielmehr nur in seiner Eigenschaft als öffentliches Testament. Auch nachher ist aber eine allen Erfordernissen eines privatschriftlichen Testamentes entsprechende Urkunde vorhanden; ein solches Testament wird durch die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung in seinem Bestande nicht berührt.[1])

Auch § 2256 BGB steht dem nicht entgegen, da diese Bestimmung nur den Fall trifft, daß der Bestand eines Testamentes auf der Erfüllung der für die Errichtung eines öffentlichen Testamentes vorgeschriebenen Form beruht, nicht aber auf ein Testament Anwendung findet, das von dieser Form unabhängig war und schon vorher Bestand hatte.[2])

Wenn sich die Gegner der hier vertretenen Ansicht auf einen Rechtssatz berufen, daß ein Testament nicht zugleich die Eigenschaft eines eigenhändigen und eines öffentlichen Testamentes in sich vereinigen könne, so fehlt es einem solchen Satze an der allgemeinen Anerkennung. Zweifellos können jedenfalls die Erblasser in ihrem gemeinschaftlichen Testamente ausdrücklich bestimmen, daß es im Falle einer Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung als privatschriftliches aufrechterhalten werden solle. Eine solche Bestimmung ist aber m. E. garnicht erforderlich, weil in der Regel die Ehegatten den Willen haben, ihr Testament in der Form der ursprünglichen Errichtung als privatschriftliches fortbestehen zu lassen, zumal ein Widerrufswille ja bei der Rücknahme des öffentlichen Testamentes garnicht vorausgesetzt wird. Ein Analogon dieses Vorgangs liegt übrigens darin, daß ein Testament, das wegen irgend eines Mangels als öffentliches nicht zur Entstehung gelangt ist, dem Willen der Erblasser entsprechend als privatschriftliches aufrechterhalten wird.

Einem in der behandelten Weise in die amtliche Verwahrung gebrachten und dann den Ehegatten auf Verlangen zurückgegebenen Testamente seine Wirksamkeit als privatschriftliches abzusprechen, widerrät außerdem ein praktischer Gesichtspunkt: Man könnte dann einem im Nachlasse gefun-

[1]) Küntzel, a. a. O., Seite 601 f. — Böhm, Das Erbrecht des Bürgerliches Gesetzbuchs, 2. Aufl., Seite 201, Anm. 1. — Planck-Ritgen, a. a. O., Bem. 5 zu § 2256.

[2]) So Strohal, a. a. O., Seite 317 (anders noch in der 1. Aufl., Seite 54). — Pfaff-Hofmann, a. a. O., Bd. 2, Seite 647.

denen gemeinschaftlichen Testamente nicht ansehen, ob es seit seiner Errichtung nicht einmal durch solenne Uebergabe zum öffentlichen Testamente gemacht und dann durch Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung widerrufen ist.[1]) Eine Anfrage bei der Verwahrungsstelle über die Zeit errichteter und zurückgegebener Testamente würde nicht immer genügende Abhülfe schaffen, da die Identität der Urkunde leicht zweifelhaft werden kann, sich außerdem auch kaum feststellen läßt, ob die Ehegatten an einem andern Ort, z. B. einem früheren Wohnort, mit der Urkunde in der bezeichneten Art verfahren sind.

II. Der einseitige Widerruf eines gemeinschaftlichen Testamentes.

§ 5.

1. Einseitiger Widerruf nichtkorrespektiver Verfügungen.

Während es bei dem gemeinschaftlichen Widerruf in keiner Weise auf den Inhalt des widerrufenden Testaments ankommt, muß man bezüglich des einseitigen Widerrufs scharf die in dem gemeinschaftlichen Testamente enthaltenen Einzelverfügungen von denen scheiden, von welchen anzunehmen ist, daß die Verfügungen des einen nicht ohne die des andern getroffen sein würden. Wann dies Verhältnis der Verfügungen im einzelnen vorliegt, ist Frage der Auslegung; es ist im Zweifel stets in den vom Gesetz besonders aufgeführten Fällen (§ 2270 Abs. 2 BGB) anzunehmen.

Hervorzuheben ist, daß es sich bei den sogenannten einseitig korrespektiven Verfügungen nicht um echte Korrespektivität handelt, daß diese vielmehr dem einseitigen Widerruf wie Einzelverfügungen unterliegen: Der eine Ehegatte hat seine Verfügungen von dem Bestande der des andern nicht abhängig gemacht, kann demgemäß, da er sich in keiner Weise gebunden hat, frei widerrufen; der andere hingegen hat zwar seine Verfügung mit Rücksicht auf die des andern getroffen, seine Bindung jedoch lediglich einseitig getroffen; da seine Verfügungen in keiner Weise für die Entschließungen des andern Ehegatten maßgebend waren, kann er von diesem Willen jederzeit wieder abgehen. Das Gesetz spricht demgemäß auch von Verfügungen, von „denen" anzunehmen ist,

[1]) Boschan, a. a. O., Bd. I, Seite 205.

daß die Verfügungen des einen nicht ohne die des andern getroffen sein würden.

Trotzdem hat die einseitige Korrespektivität insofern Bedeutung, als nach dem Widerruf der einseitig getroffenen Verfügung seitens des einen Ehegatten der andere, welcher mit Rücksicht auf diese Verfügungen testiert hatte, seine Verfügungen wegen Irrtums im Beweggrunde nach § 2078 Abs. 2 BGB anfechten kann.[1])

Den nichtkorrespektiven Verfügungen sind außerdem solche Anordnungen gleichgestellt, bei denen ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis zwar besteht, die Verfügungen aber nicht auf beiden Seiten in Erbeinsetzungen, Vermächtnissen oder Auflagen bestehen.[2])

Hinsichtlich der Form des einseitigen Widerrufs nichtkorrespektiver, in einem gemeinschaftlichen Testamente enthaltener Verfügungen gilt zunächst dasselbe wie beim Widerruf eines Einzeltestamentes; jede im Einzelfalle zulässige Testamentsform, sowie die Form eines mit einem Dritten geschlossenen Erbvertrages steht dem widerrufenden Ehegatten zu Gebote. Ferner ist die Zulässigkeit sogenannter Nachzettel anzuerkennen, die in einem allen Anforderungen eines privatschriftlichen Testaments entsprechenden Zusatze bestehen, das dem gemeinschaftlichen Testamente angefügt ist und einseitige Anordnungen widerruft.[3]) Besonderheiten ergeben sich für den einseitigen Widerruf in einem gemeinschaftlichen Testamente getroffener Einzelverfügungen bei den faktischen Akten, denen die Bedeutung des Widerrufs zukommt: Durch die Rücknahme eines gemeinschaftlichen Testamentes aus der besonderen amtlichen Verwahrung seitens eines Ehegatten können auch seine einseitigen Verfügungen nicht widerrufen werden; einer solchen einseitigen Rücknahme hat das Gesetz keine Wirkung beigelegt, und eine Ausdehnung der gesetzlichen Fiktion auf diesen Fall durch Analogie ist nicht zuzulassen.

Anders liegt die Sache bei dem gemeinschaftlichen Testamente hinsichtlich der einseitigen Vernichtung oder derartigen wesentlichen Veränderung der Urkunde, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt. Zweifellos ist z. B. darin ein giltiger Widerruf zu erblicken, daß ein Ehegatte in Aufhebungsabsicht die von ihm getrennt geschriebenen Verfügungen, sämtlich

---

[1]) Strohal, a. a. O., Seite 331, Anm. 9.

[2]) Cossack, a. a. O., Bd. II, § 360, IV, 3, b. Herzfelder, v. Staudingers Kommentar, Bd. V. (2. Aufl. 1906), Seite 532.

[3]) Strohal, a. a. O., Seite 331, Anm. 8.

oder teilweise, durchstreicht.[1]) Die Möglichkeit dieses Widerrufs aber auf solche Fälle zu beschränken, liegt m. E. kein Grund vor, weil die Wirkung nicht auf einer gesetzlichen Fiktion, sondern auf dem ausdrücklich erklärten Willen der Erblassers beruht; denn eine ausdrückliche, nicht eine bloße konkludente Erklärung ist in den fraglichen Handlungen zu erblicken, eine auf der Konvention beruhende Erklärung, eine frühere schriftliche Willenserklärung aufheben zu wollen. Und in einem solchen Falle, wo die einseitig von einem Ehegatten vorgenommene Handlung äußerlich das gemeinschaftliche Testament als ganzes angreift, hat der handelnde Ehegatte, wenn er die Handlung in Widerrufsabsicht vornahm, nach der Verkehrsanschauung seinen Willen dahin erklärt, daß er den in der Urkunde niedergelegten letzten Willen aufheben wolle. Dieser erklärte Wille kann sich nun aber gegenüber den Verfügungen des andern Ehegatten keine Geltung verschaffen, weil die Verfügung von einem Unbefugten ausging; auch den korrespektiven Verfügungen gegenüber kann er grundsätzlich nicht wirksam werden, weil hierzu regelmäßig die Wahrung der vom Gesetze für den einseitigen Widerruf bestimmten Form des § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderlich ist. Den rein einseitigen Verfügungen gegenüber kann der erklärte Widerrufswille dagegen wirksam werden, und es liegt kein Grund vor, diesem letzten Willen, soweit er Erfolg haben kann, die Wirksamkeit zu versagen (§ 2084 BGB). In das mains, das ganze Testament widerrufen zu wollen, ist regelmäßig das minus eingeschlossen, das widerrufen zu wollen, was man in der beachteten Form wirksam widerrufen kann.[2])

Die Tragweite des Widerrufs einseitiger Verfügungen bedarf keiner Erörterung; sie bestimmt sich genau wie beim Einzeltestamente nach der ausdrücklichen oder durch Interpretation festzustellenden Widerrufserklärung des Verfügenden. Durch einen zweiten einseitigen Widerruf können die ersten Verfügungen jederzeit wiederaufleben, wie wenn sie nie widerrufen worden wären; daher ist der volle Effekt bis zum Erbfalle oder bis zu einer sonst eintretenden Unmöglichkeit eines zweiseitigen Widerrufs in suspenso.

Während die rein einseitige Rücknahme des öffentlichen gemeinschaftlichen Testamentes auf seinen Bestand ohne Einfluß ist, werden durch Veränderungen an der Urkunde die sämtlichen betroffenen, möglicherweise alle Einzelverfügungen des widerrufenden Ehegatten aufgehoben; die Verfügungen

[1]) Strohal, a. a. O., Seite 361, 2.
[2]) Anders: Goldmann, a. a. O., Seite 89.

des andern, sowie die korrespektiven Verfügungen bleiben dagegen grundsätzlich in ihrem Bestande unberührt. Bedingt oder an eine Zeit geknüpft kann die Wirkung des in dieser Form getätigten Widerrufs nie sein.

2. Der einseitige Widerruf korrespektiver Verfügungen.

§ 6.

a) Bei Lebzeiten beider Ehegatten.

Die sogenannten korrespektiven Verfügungen haben durch das Bürgerliche Gesetzbuch dadurch erhöhte Bedeutung erhalten, daß der einseitige Widerruf erheblich erschwert ist. Während im gemeinen Rechte gar keine, nicht einmal eine formlose Mitteilung des einseitigen Widerrufs einer korrespektiven Verfügung an den andern Erblasser erforderlich war, verlangt das Bürgerliche Gesetzbuch Beobachtung der für den Rücktritt von einem Erbvertrage geltenden Vorschriften des § 2296, eine gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem andern Ehegatten unter Ausschluß jeder Stellvertretung auf seiten des Widerrufenden.

Diese besondere Formvorschrift soll den arglistigen Widerruf korrespektiver Verfügungen seitens eines Ehegatten hinter dem Rücken des andern verhindern. Die Protokolle [1]) führen in dieser Hinsicht aus, „daß es loyaler sei, die Aufhebung einer in einem gemeinschaftlichen Testamente getroffenen Verfügung mit Wissen des andern Teils als hinter dessen Rücken zu bewirken, und daß das letztere Verfahren den Absichten der Eheleute bei der Errichtung des Testamentes schwerlich entspräche." Wenn hier schlechthin von „Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testamente" die Rede ist, so sind damit nur die korrespektiven Verfügungen gemeint, die von den Protokollen als ein integrierender Bestandteil des gemeinschaftlichen Testamentes angesehen werden. Der rechtspolitischen Begründung der Formalisierung des einseitigen Widerrufs ist vor allen Dingen hinzuzufügen, daß der nicht widerrufende Ehegatte billigerweise wissen muß, ob der andre Teil widerrufen hat, da mit dessen Verfügungen ja auch die von ihm getroffenen stehen und fallen. Gleichzeitig dient die erschwerte Form der Feststellung des geschehenen Widerrufs dem Interesse beider Ehegatten.[2])

Diese gesetzliche Form des einseitigen Widerrufs stellt sich als eine besonders formalisierte empfangsbedürftige

[1]) Prot., Seite 7386.
[2]) Küntzel, a. a. O., Seite 604.

Willenserklärung dar,[1]) d. h. formalisiert ist nur die Erklärung des Widerrufs vor Richter und Notar, dagegen nicht die Abgabe dem andern Ehegatten gegenüber. Sind beide Ehegatten gleichzeitig anwesend, so wird gerichtlich oder notariell beurkundet, daß der eine Ehegatte dem andern gegenüber den Widerruf erklärt hat; dann wird diese Willenserklärung möglicherweise wirksam, ohne daß der andere Ehegatte tatsächlich Kenntnis von dieser Erklärung erhalten hat. Hier greifen die Grundsätze des § 130 BGB Platz. — Erscheinen dagegen nicht beide Ehegatten gleichzeitig vor dem Richter oder Notar, so kann der widerrufende lediglich seine Widerrufserklärung beurkunden lassen, während er die Uebermittelung dieser Willenserklärung formlos bewirken kann.[2]) Eine amtliche Beurkundung ist selbstverständlich allein schon zur Sicherung des Beweises der Uebermittelung zu empfehlen, insbesondere Zustellung durch den Gerichtsvollzieher. Erforderlich ist eine Form für die Uebermittelung aber nur in Ausnahmefällen, in denen die Lage der Sache es mit sich bringt, z. B. wenn für die Person des andern Ehegatten die Voraussetzungen für die öffentliche Zustellung einer Ladung gegeben sind.

Im Augenblicke der Abgabe der Widerrufserklärung wird auf seiten des widerrufenden Ehegatten jedenfalls die negative Testierfähigkeit vorausgesetzt. Verliert er diese nachher oder stirbt er, bevor diese Widerrufserklärung dem andern Ehegatten zugegangen ist, so wird der Widerruf gleichwohl wirksam, sobald er dem andern zugeht (§ 130 Abs. 2 BGB).

Ist nun der Erklärungsempfänger geschäftsbeschränkt, so müßte die Widerrufserklärung gemäß § 131 Abs. 2 BGB erst wirksam werden, wenn sie seinem gesetzlichen Vertreter zugeht; denn davon, daß die Empfangnahme der Erklärung ihm „lediglich" einen rechtlichen Vorteil bringt, der höchstens in der Beseitigung der Bindung an die korrespektive Verfügung gefunden werden könnte, kann doch nicht die Rede sein. Trotzdem muß m. E. der andre Ehegatte, soweit er selbst ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Stellvertreters Rechtshandlungen vornehmen kann, auch derartige Erklärungen entgegennehmen können; letzwillige Verfügungen widerrufen kann aber nur der Ehegatte allein, niemals sein gesetzlicher Stellvertreter für ihn.

Mag die Erschwerung des einseitigen Widerrufs korrespektiver Verfügungen auch auf Grundsätzen der Loyalität

---

[1]) Strohal, a. a. O., Seite 332, Anm. 10, auch zum Folgenden.
[2]) Strohal, a. a. O., Seite 333, Anm. 11.

beruhen, so ist doch nicht zu verkennen, daß diese Formvorschrift leicht zu Weitschweifigkeiten und Mißhelligkeiten führen, insbesondere große Kosten verursachen kann. Der widerrufende Ehegatte wird zur Vorsicht, zumal wenn der andre ortsabwesend ist, sich regelmäßig der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher bedienen, da sonst vielleicht die am Widerruf Interessierten niemals die Tatsache der Uebermittelung würden beweisen können. Ist nun der Aufenthalt des andern Ehegatten unbekannt oder verspricht die gewöhnliche Zustellung aus einem andern Grunde keinen Erfolg, so kann sich der widerrufende Ehegatte nötigenfalls der öffentlichen Zustellung bedienen.[1]) Daß hier in Form der öffentlichen Zustellung testiert werden könne, bezeichnet Hellwig[2]) mit Recht als ein Unikum in der Rechtsgeschichte; denn tatsächlich ist doch auch in dem Widerruf ein Testieren zu erblicken, und dieser wird jedenfalls erst wirksam durch die Uebermittelung, möglicherweise durch ihren Ersatz, die fiktive Uebermittelung durch öffentliche Zustellung.

Will nun ein Ehegatte Verfügungen widerrufen, deren Korrespektivität ihm zweifelhaft ist, oder korrespektive zugleich mit nichtkorrespektiven, so muß er vorsichtshalber beide Formen beobachten.[3]) Dazu kommt eine erhebliche Unzuträglichkeit, daß der Widerrufende, der doch in der Regel an die Stelle der alten neue Verfügungen setzen will, diese ihrer Natur nach zusammengehörenden Akte auseinanderreißen muß. Solche Schwierigkeiten können unter besonderen Umständen dem wirtschaftlich schwächeren Ehegatten den einseitigen Widerruf faktisch leicht so gut wie unmöglich machen, und darin liegt zweifellos ein erheblicher Mißstand des ganzen Instituts.[4])

Abgesehen von diesen praktischen Unzuträglichkeiten zeigt sich bei der Formalisierung des Widerrufs, wie Löwenwald[5]) ausführt, eine Anomalie bezüglich des privatschriftlichen Testamentes, da nicht einzusehen sei, weshalb dies, selbst privatschriftlich errichtet, nur in öffentlich beurkundeter Form sollte widerrufen werden können; es müßte zum mindesten genügen, wenn ein Ehegatte einseitig durch Testament seinen Widerruf erklärte und dann diese Erklärung dem andern zugehen ließe.

---

[1]) Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. III, Seite 181.

[2]) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, Seite 643.

[3]) Dernburg, a. a. O., Bd. V, § 93.

[4]) Löwenwald, Das gemeinschaftliche Testament, Seite 65. Strohal, a. a. O., Seite 333. Hellwig, a. a. O., Seite 623.

[5]) Löwenwald, a. a. O., Seite 65, 68.

Bezüglich der Wirkung des in dieser Weise formgerecht erklärten einseitigen Widerrufs bestimmt § 2270 Abs. 1 BGB: „Haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente Verfügungen getroffen, von denen anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des andern getroffen sein würde, so hat der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der andern zur Folge."

Diese Wirkung tritt jedoch nur ein, soweit es sich auf beiden Seiten um Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen handelt, dagegen nicht bei andern erbrechtlichen und bei familienrechtlichen Anordnungen (§ 2270 Abs. 3 BGB).

Sobald bei solchen Verfügungen die Widerrufserklärung dem andern Ehegatten gegenüber abgegeben, ihm zugegangen ist, tritt die Unwirksamkeit ipso iure ein, und es ist so anzusehen, als ob die widerrufene, sowie die mit dieser im korrespektiven Verhältnisse stehende Verfügung nie getroffen wäre. Diese Wirkung auszuschließen, ist der Widerrufende natürlich nicht imstande, weil das dem Wesen der Korrespektivität widerstreiten würde; aber auch der andre Ehegatte kann nicht durch bloße formlose Willenserklärung anordnen, daß die seinerseits getroffenen korrespektiven Verfügungen trotz des Widerrufs fortbestehen sollen. Will er dies erreichen, so muß er es in Form einer letztwilligen Verfügung anordnen; dies einseitig zu tun, steht ihm jetzt nach Fortfall der Korrespektivität natürlich frei. Seine Lage ist jedoch mißlich, wenn er inzwischen seine positive Testierfähigkeit verloren hat, da es ihm dann unmöglich ist, das Fortbestehen seiner korrespektiven Verfügungen trotz des Widerrufs seitens des andern zu erreichen. Soweit ein derartiger besonderer Fall aber nicht vorliegt, wird durch den einseitigen Widerruf völlige Testierfreiheit beider Ehegatten geschaffen,[1]) und deshalb wird im Interesse des nicht widerrufenden Ehegatten auch die Uebermittelung der Widerrufserklärung an ihn vorausgesetzt.

Die Wirkung des einseitigen Widerrufs korrespektiver Verfügungen hat ihren tieferen Grund in dem Wesen der Korrespektivität. Ueber ihre Konstruktion wurde im gemeinen Recht sehr gestritten, und die damals aufgestellten Ansichten sind teils auch noch für das heutige Recht von Bedeutung.

Dernburg[2]) legt entscheidendes Gewicht auf den übereinstimmenden Willen beider Ehegatten im Augenblicke der Errichtung ihres gemeinschaftlichen Testamentes, indem er ausführt: „Ist es nicht viel natürlicher, daß derjenige, welcher

---

[1]) Jastrow, a. a. O., Bd. II, Seite 298, Anm. 7.

[2]) Dernburg, Pandekten, Bd. III, 6. Auflage, § 97 Nr. 3.

den Bestand seines Testamentes an eine Bedingung geknüpft hat, von dem Augenblicke an, wo er die Defizienz der Bedingung erfährt, sein Testament als nicht vorhanden betrachten, und, wenn er vor seinem Tode ein neues Testament nicht errichtet, eben ab intestato beerbt werden will?"

Ganz ähnlich leitet Fischer[1]) aus dem Wesen der Korrespektivität die Suspensivbedingung ab, daß die korrespektiven Verfügungen bis zum Eintritt des Erbfalles nicht widerrufen sein werden; der Widerruf bewirke den Ausfall dieser negativen Bedingung, daher seien die korrespektiven Verfügungen als von Anfang an ungiltig anzusehen.

Beide verkennen jedoch, daß Bedingtheit und Korrespektivität zwei verschiedene Dinge sind. Das Wesen der Korrespektivität beruht nach den Protokollen[2]) auf einer gegenseitigen Abhängigkeit infolge eines Zusammenhangs des Motivs. Dieser Ausdruck schafft zwar an sich keine Klarheit über das wahre Wesen des Instituts, zeigt aber, daß die Theorie Dernburgs das Richtige trifft, indem sie die Wirkung auf die im gemeinschaftlichen Testamente getroffene Uebereinkunft beider Ehegatten und die von diesen gewollte Tragweite des Abhängigkeitsverhältnisses ihrer Verfügungen zurückführt.

Brinz[3]) nimmt ein durch das gemeinschaftliche Testieren der Ehegatten unter ihnen geschlossenes Gemeinschaftsverhältnis an; durch den Widerruf des einen werde das Gemeinschaftsverhältnis in allen seinen Folgen gebrochen und aufgelöst, sodaß damit auch die Verfügungen des andern zusammenfallen. Er ging dabei aber von der Voraussetzung aus, daß Korrespektivität dem gemeinschaftlichen Testamente wesentlich sei und seinen ganzen Inhalt ausmache. Das ist aber jedenfalls für das heutige Recht nicht anzuerkennen. Auch widerspricht die Annahme eines Gemeinschaftsverhältnisses dem Wortlaute des Gesetzes, das lediglich einen solchen Zusammenhang zwischen den beiderseitigen Verfügungen voraussetzt, daß objektiv anzunehmen ist, jeder Ehegatte würde — objektiv betrachtet — seine Verfügung nicht ohne die des andern getroffen haben.

Windscheid[4]) geht davon aus, daß jede der korrespektiven Verfügungen den giltigen Bestand der andern zur Voraussetzung habe und fortfalle, sobald diese Voraussetzung nicht erfüllt werde Diese Theorie muß naturgemäß das Unwirksamwerden

[1]) Fischer, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. VI, Seite 67. Köppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, Seite 556.

[2]) Prot. Seite 7380.

[3]) Brinz, Pandekten, 2. Auflage, Bd. III, Seite 66, 67.

[4]) Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., Bd. III, § 568, Anm. 5.

der korrespektiven Verfügungen des nichtwiderrufenden Ehegatten, die nunmehr ipso iure als einseitige fortbestehen, noch von einem Willensakte desselben abhängig machen. Wenn dieser trotz erlangter Kenntnis von dem Widerrufe seine Verfügungen unverändert lasse, so liege darin ein Verzicht auf die Korrespektivität. Dem steht jedoch entgegen, daß die in einem gemeinschaftlichen Testamente fixierte Korrespektivität durch eine bloße Willensänderung in formloser Weise unmöglich aufgehoben werden kann; daher läßt auch das Gesetz (§ 2270 Abs. 1 BGB) die Unwirksamkeit ipso iure eintreten ohne Rücksicht auf den Willen des nichtwiderrufenden Ehegatten. Soweit es sich aber um andre Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen handelt, trifft m. E. diese Theorie zu.

Endemann[1]) endlich sieht das Wesen der Korrespektivität in Analogie der gegenseitigen Verträge in einer synallagmatischen Bindung der beiderseitigen Verfügungen. Ein solches Verhältnis wie bei Leistung und Gegenleistung liegt aber tatsächlich garnicht vor[2]); es könnte auch das ipso iure-Unwirksamwerden der korrespektiven Verfügungen nicht erklären.

Den Vorzug verdient die Theorie Dernburgs, die dem Gesetze in jeder Beziehung gerecht wird. Sie erklärt insbesondere auch aus dem Willen der Erblasser, daß beim Widerruf solcher Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testamentes, die nicht Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen sind, die Unwirksamkeit der Verfügungen des andern Ehegatten nicht eintritt.

Wollen die Ehegatten bei solchen Verfügungen, z. B. Enterbungen, Pflichtteilsentziehungen, Einsetzung von Testamentsvollstreckern, diese Wirkungen erzielen, so müssen sie diese Anordnungen nur bedingt treffen, für den Fall, daß die Verfügung des andern Teils weder nichtig noch aufgehoben sein werde. Auch für diesen Fall will Strohal[3]) das „spezielle Recht der korrespektiven Verfügungen" nicht gelten lassen in Analogie der beim Erbvertrage ausdrücklich gegebenen Vorschrift, daß andere als die drei genannten Verfügungen vertragsmäßig nicht getroffen werden könnten (§ 2278 Abs. 2 BGB). Eine entsprechende Vorschrift ist aber für das gemeinschaftliche Testament nicht gegeben, und eine analoge Anwendung der lediglich für den Erbvertrag gegebenen Vorschrift halte ich mit Eck[4]) für bedenklich; zuzugeben ist

[1]) Endemann, a. a. O., Seite 192, Anm. 10.
[2]) Prot. Bd. V, Seite 7380.
[3]) Strohal, a. a. O., Seite 328, Anm. 32 a. E.
[4]) Eck-Leonhard, a. a. O., Seite 179, Anm. 1.

vielmehr nur, daß bei anderen als den genannten Verfügungen eine Vermutung gegen die Korrespektivität streitet.

Hat nun ein Ehegatte seine Verfügungen widerrufen, und lassen sich die korrespektiven Verfügungen des andern von den nichtkorrespektiven nicht trennen, so fragt es sich, ob alle von der Korrespektivität mitergriffen werden oder als nichtkorrespektiv zu behandeln sind. Während das gemeine Recht sich für die erstere Alternative entschied, liegt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine Korrespektivität nur vor, soweit mit Bestimmtheit anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen nicht ohne die des andern getroffen sein würde (§ 2270 Abs. 1 BGB).

Widerruft nun der Ehegatte nur einen Teil seiner korrespektiven Verfügungen, so wollen einige einem solchen teilweisen Widerruf überhaupt keinen Einfluß auf den Bestand der nicht widerrufenen Verfügungen des andern Teils beimessen, verlangen hierzu vielmehr noch einen besonderen Testierakt dieses andern Ehegatten. Darin liegt m. E. eine Verkennung des Wesens der Korrespektivität, die niemals durch das bloße Nichttestieren seitens des zweiten Ehegatten beseitigt werden kann.

Auf entgegengesetztem Standpunkte steht Löwenwald [1]), der den teilweisen Widerruf dem totalen völlig gleichstellt. Dies scheint dem Wortlaute des § 2270 Abs. 1 BGB nach allerdings zutreffend; die Bestimmung ist jedoch dahin zu interpretieren, daß die Unwirksamkeit nur eintritt, „soweit" der Widerruf erklärt ist.

Der volle Effekt der Widerrufserklärung tritt sofort im Augenblicke ihrer Uebermittelung ein, da ein zweiter Widerruf unzulässig ist. Der Zweite Entwurf erklärte noch ausdrücklich bezüglich des Erbvertrages den Rücktritt für unwiderruflich; das Gesetz hat diese Vorschrift als selbstverständlich weggelassen.[2]) Auch würde eine Widerruflichkeit des Widerrufs praktisch unzuträglich sein, da der andre Ehegatte inzwischen mit Rücksicht auf den Widerruf anders testiert hatte und sich nun getäuscht sehen würde, wenn der Widerruf mit einem Male seine Wirkung verlöre. Ein Wideraufleben der ipso iure unwirksam gewordenen Verfügungen des gemeinschaftlichen Testamentes wäre auch kaum denkbar.

Die Einwirkung des einseitigen Widerrufs auf den Bestand der korrespektiven Verfügungen des andern Teils ist ausdrücklich auf Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen

[1]) Löwenwald, a. a. O., Seite 56.
[2]) Anders: Schiffner, Erbvertrag, Seite 170, 173.

beschränkt (§ 2270 Abs. 3 BGB); eine Anwendung dieser beschränkenden Vorschrift auf die im § 2271 BGB geregelte Form des einseitigen Widerrufs ist aber nicht vorgeschrieben. Daher sind hier unter „Verfügungen" sämtliche erbrechtlichen wie familienrechtlichen Anordnungen zu verstehen[1]) (lege non distinguente nec nostrum est distinguere); denn auch andre Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen können, wie oben ausgeführt, in der Tat korrespektiv sein. Wenn nun auch durch den Widerruf solcher korrespektiven Verfügungen die des andern Ehegatten nicht hinfällig werden, so entspricht doch gerade die vorgeschriebene Form dem Zwecke; der andre Ehegatte soll dadurch Kenntnis von dem geschehenen Widerruf erlangen und Gelegenheit haben, mit Rücksicht darauf anders zu testieren.

Die hier erörterte Form ist die einzige für den einseitigen Widerruf „gesetzlich" zugelassene. Daher ist auch das bloße Handeln eines Ehegatten mit formloser Zustimmung oder unter nachträglicher Genehmigung des andern nicht als Widerruf anzuerkennen. Noch in der zweiten Auflage seines Werkes über das Erbrecht stellte Strohal diesen Fall formloser Genehmigung dem gemeinschaftlichen Widerrufe gleich. Hiergegen machten sich manche Stimmen geltend, insbesondere wies Eck[2]) darauf hin, daß auf dem Gebiete des Testamentsrechts nicht mit formlosen Zustimmungen operiert werden dürfe. Und in der neuesten Auflage seines Werkes hat sich Strohal der Ansicht Ecks angeschlossen, seine frühere Meinung ausdrücklich aufgegeben.[3])

Trotzdem ist die im Gesetz normierte Form des einseitigen Widerrufs korrespektiver Verfügungen nicht die einzig zulässige. Der § 2071 Abs. 1 BGB ist vielmehr dispositiver Natur, und so kann das gemeinschaftliche Testament Abweichungen bestimmen, soweit sie dem Wesen des Testamentsrechts entsprechen. So kann z. B. einem Ehegatten das Recht eingeräumt sein, im Falle eines bestimmten Ereignisses seine Verfügungen zu widerrufen. Auch die Tragweite eines solchen Widerrufs kann von vornherein im gemeinschaftlichen Testamente bestimmt sein.[4])

---

[1]) Anders die herrschende Meinung: Planck-Ritgen, a. a. O., Bem. 1 zu § 2271. Strohal, a. a. O., Seite 328, Anm. Eichhorn, a. a. O., Anm. 14 zu § 2270.

[2]) Eck-Leonhard, a. a. O., Seite 180.

[3]) Strohal, a. a. O., Seite 334, Anm. 15. Böhm, a. a. O., Seite 215. Hellmann, a. a. O., Seite 224 f. Küntzel, a. a. O., Seite 605. Anders noch: Strohal, Erbrecht, 2. Auflage, Seite 184. Matthiaß, a. a. O., Seite 426.

[4]) Strohal, a. a. O., Seite 335 *a* und Anm. 18.

Auf der andern Seite ist dagegen eine größere Erschwerung der Form als die gesetzliche grundsätzlich auszuschließen, da die Bestimmungen über Korrespektivität das Maximum der Bindung des letzten Willens angibt, die in einem Testamente überhaupt möglich ist; weitergehende Beschränkungen der Testierfreiheit lassen sich nur durch einen Erbvertrag erreichen.

Erleichterungen der Form des einseitigen Widerrufs, wie sie durch das gemeinschaftliche Testament gewährt sein können, berühren das Wesen der Korrespektivität nicht; denn trotzdem ist von den Verfügungen anzunehmen, daß die eine nicht ohne die des andern getroffen sein würde. Die Wirkung der Korrespektivität ist allerdings durch eine solche Formerleichterung erheblich abgeschwächt.

Eine besondere Formerleichterung des einseitigen Widerrufs ist gesetzlich noch in einem Spezialfalle anerkannt. Soweit es sich nämlich um Vermächtnisse und Auflagen handelt, kann ein Ehegatte durch einseitiges Einzeltestament diese Anordnungen aufheben, wenn der andere Ehegatte zu dieser Aufhebung durch gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung seine Zustimmung gegeben hat. Diese Form läßt der § 2291 BGB bei Erbverträgen zu; diese Vorschrift wird aber auf korrespektive Vermächtnisse und Auflagen in gemeinschaftlichen Testamenten auszudehnen sein, da bei diesen Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis besteht, und zwar mit einer geringeren Bindung, als sie durch den Erbvertrag erzielt wird [1]) (argumentum a majore ad minus). Es handelt sich bei dieser Form des Widerrufs durch einseitiges Testament in der Tat um einen einseitigen, da er lediglich auf Grund einer in besonderer Form erteilten Zustimmungserklärung erfolgt. In der Erteilung dieser Zustimmungserklärung seitens des andern Ehegatten kann man jedenfalls noch keinen Widerruf erblicken; daher braucht die Zustimmungserklärung auch nicht dem Ehegatten gegenüber abgegeben zu werden. Ist sie einmal erteilt, so steht es in dem Belieben des Ehegatten, dem dadurch die Befugnis, die korrespektiven Verfügungen in vereinfachter Form zu widerrufen erteilt wird, ob er von dieser Befugnis Gebrauch machen will. Die einzige ihm zu gebote stehende Form ist aber das einseitige Testament und in Analogie der mit einem Dritten geschlossene Erbvertrag, dagegen nie Urkundenvernichtung oder Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung.

---

[1]) Strohal, a. a. O., Seite 335, *b*. — Anders: Küntzel, a. a. O., Seite 607, Anm. 3.

Würde man die analoge Anwendung des § 2291 BGB auf das gemeinschaftliche Testament ausschließen, so würde das praktisch zu unhaltbaren Konsequenzen führen. Dann würde nämlich der Ehegatte, der die formgerechte Zustimmung des andern Teiles zur Aufhebung sämtlicher in einem „gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag“ enthaltenen Verfügungen hat, die vertragsmäßigen Verfügungen durch einseitiges Testament widerrufen können, während er sich zum Widerrufe der bloß korrespektiven, bei denen sich die Erblasser nicht vertragsmäßig gebunden haben, der Form des § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB bedienen müßte.[1])

§ 7.

Nach dem Tode eines Ehegatten.

a) Vor Eintritt der Bindung des Ueberlebenden.

Das Recht zum einseitigen Widerruf korrespektiver Verfügungen erlischt grundsätzlich mit dem Tode eines Ehegatten. Dies ist im BGB ausdrücklich bestimmt (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB).

Trotzdem besteht aber zunächst kraft gesetzlicher Bestimmung ein Zwischenzustand, in dem der Ueberlebende sich noch die Befugnis zum Widerrufe verschaffen kann dadurch, daß er das ihm Zugewendete ausschlägt. Die wirkliche Bindung des Ueberlebenden tritt daher erst dann ein, sobald ihm die Möglichkeit, das ihm Zugewendete auszuschlagen, genommen ist (§ 2271 Abs. 2 Satz 2 BGB).

Im allgemeinen ist die Wirkung dieser Bindung, daß der überlebende Ehegatte seine korrespektiven Verfügungen nicht mehr aufheben, auch sonst keine letztwilligen Verfügungen treffen kann, nach denen die durch die korrespektiven Verfügungen Bedachten schlechter gestellt würden.[2])

Die Befugnis zu einem derartigen einseitigen Testieren kann sich der Ueberlebende jedoch noch dadurch verschaffen, daß er das ihm Zugewendete, d. h. das ihm in dem gemeinschaftlichen Testamente Zugewendete, ausschlägt. Seinen gesetzlichen Erbteil braucht er aber nicht auszuschlagen, daher auch das ihm durch das gemeinschaftliche Testament Zugewendete nicht, wenn dies lediglich den gesetzlichen Erbteil ausmachen soll und im wesentlichen auch ausmacht.[3])

---

[1]) Strohal, a. a. O., Seite 336, Anm. 20.

[2]) Entscheidung des Reichsgerichts, in der Juristischen Wochenschrift von 1902, Seite 370.

[3]) Strohal, a. a. O., Seite 342 f.

Daß in diesem Falle dem Ueberlebenden eine Widerrufsbefugnis eingeräumt wird, entspricht von vornherein dem Willen beider Ehegatten bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments; für den Fall, daß ein Ehegatte auf das ihm Zugewendete verzichtet, will der andere ihn nicht unabänderlich gebunden haben.

In der Ausschlagung seitens des Ueberlebenden ist nun an sich niemals ein Widerruf zu erblicken, mag auch der Ueberlebende dies angenommen und in dieser Absicht die Ausschlagung erklärt haben. Es wird vielmehr durch die Ausschlagung eine notwendige Vorbedingung für die einseitige Widerrufsmöglichkeit geschaffen. Der Widerruf selbst muß durch eine neue Verfügung von Todeswegen erklärt werden. Diese braucht einen positiven Inhalt nicht zu haben, setzt daher bei dem Widerrufenden lediglich die negative Testierfähigkeit voraus[1]) (§ 2253 Abs. 2 BGB).

In dieser dem überlebenden Ehegatten gewährten Befugnis, statt das ihm durch das gemeinschaftliche Testament Zugewendete anzunehmen, sich sein einseitiges Widerrufsrecht zu bewahren, liegt im weitesten Sinne des Wortes eine alternative Ermächtigung kraft Gesetzes.

Zur Ausübung des Widerrufsrechts steht dem überlebenden Ehegatten jede im einzelnen Falle zulässige Testamentsform, sowie die Form des Erbvertrages zur Verfügung. Wenn das Gesetz von einer Befugnis, seine Verfügungen „aufzuheben", spricht, so ist daraus nicht zu entnehmen, daß stets eine ausdrückliche, formell dahingehende Erklärung erforderlich wäre. Nachdem durch die Ausschlagung die Vorbedingung für die freie Widerruflichkeit des gemeinschaftlichen Testamentes geschaffen ist, muß auch die Vernichtung und Veränderung der Urkunde als Aufhebungsakt zugelassen werden. Ausgeschlossen ist nur die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung, weil bei dieser der Widerruf auf der gesetzlich an eine ordnungsgemäß an beide Ehegatten bewirkte Rückgabe geknüpften Fiktion beruht.

Das Gesetz schreibt keineswegs vor, daß die Ausschlagung dem Widerrufe vorangehen müsse. Ein testamentarischer Widerruf wird wirksam, wenn auch erst nachher die Ausschlagung seitens des Ueberlebenden erfolgt. An sich lag ja schon vorher ein giltiges Testament vor; es konnte nur lediglich deswegen nicht wirksam werden, weil der Testator damals zu einer solchen Verfügung noch nicht die Befugnis hatte. Stirbt der Ueberlebende in einem solchen Falle aber, bevor

[1]) Anders: Cosack, a. a. O., § 360, IV, 3 e.

er die Ausschlagung erklärt hat, so fragt es sich, ob der einseitige Widerruf dann bedeutungslos ist, oder ob er nur durch die Ausschlagung seitens des Erben des letztverstorbenen Ehegatten noch wirksam werden kann. M. E. muß die Ausschlagung seitens des Erben, auf den nach § 1952 Abs. 1 oder 2180 Abs. 3 BGB das Ausschlagsrecht übergegangen ist, mit derselben Wirkung ausschlagen können, wie der Ueberlebende selbst, zumal, wenn es dessen Willen durchaus entspricht.[1] Wenn Goldmann[2] demgegenüber einwendet, daß man gar nicht feststellen könne, auf welche Erben dann das Ausschlagsrecht übergegangen sei, falls in dem gemeinschaftlichen Testamente andere Erben eingesetzt sind, als in dem Widerrufstestamente, so muß man sich m. E. für die Ausschlagung durch die in dem gemeinschaftlichen Testamente eingesetzten Erben entscheiden: Den im Widerrufstestamente Eingesetzten fehlt nämlich, solange noch keine rechtsgültige Ausschlagung erfolgt ist, die Erbenqualität, daher auch die Legitimation zur Ausübung einer Ausschlagüngsbefugnis des Erblassers. Andererseits sind m. E. die im gemeinschaftlichen Testamente eingesetzten Erben legitimiert, solange kein rechtsgiltiger Widerruf vorliegt; daß sie sich selbst für die Zukunft durch diese Ausschlagung ihre Erbenqualität entziehen, kann m. E. nicht entscheidend sein. In der Regel werden sich allerdings diese Erben kaum zur Ausschlagung bereit finden.

Ist nun dem Ueberlebenden durch das gemeinschaftliche Testament eine Zuwendung überhaupt nicht gemacht, so trifft für diesen Fall das Gesetz keine Bestimmungen. Für diesen Fall die korrespektiven Verfügungen ohne jede Ausschlagung für ohne weiteres auch nach dem Tode eines Ehegatten widerruflich zu erklären, entspricht zweifellos nicht dem Sinne des Gesetzes. Streitig kann dagegen sein, ob dem Ueberlebenden durch die Ausschlagung seitens eines Dritten, der durch die korrespektiven Verfügungen bedacht ist, die Widerrufsbefugnis verschafft wird. Dies würde freilich der Grundidee der gesetzlichen Bestimmung, daß auch nach dem Tode eines Ehegatten die korrespektiven Verfügungen nicht gegen den wahren Willen beider Erblasser aufrecht erhalten werden sollen, entsprechen.[3] Gleichwohl ist m. E. die Ausschlagung durch einen dritten Bedachten, der durch den bedachten Ehegatten nicht gleichzustellen,[4] da sich der Ueberlebende unter

[1]) Strohal, a. a. O., Seite 338 ff., Anm. 28. — Planck-Ritgen, a. a. O., Bem. III u. IV 1a zu § 2271.
[2]) Goldmann, a. a. O., Seite 91.
[3]) Hellwig, a. a. O., Seite 648 f.
[4]) Strohal, a. a. O., Seite 340 f.

den besonderen Umständen sein Widerrufsrecht selbst wieder verschaffen kann, während es nicht zugelassen ist, eine Testierbefugnis von der Entschließnng eines Dritten abhängig zu machen.

Lautet nun die korrespektive Verfügung zu Gunsten des Ueberlebenden und eines Dritten, so kommt auch hier die Ausschlagung des Dritten nicht in Betracht. Es genügt vielmehr die Ausschlagung seitens des Ueberlebenden, wenn das dem Dritten Zugewendete im Sinne der korrespektiven Verfügung von nebensächlicher Bedeutung ist.[1]) Ist dies dagegen nicht der Fall, so kann auch die Ausschlagung seitens des Dritten dem Ueberlebenden die Widerrufsbefugnis nicht verschaffen.[2])

Außer diesem im Gesetz geregelten Fall des einseitigen Widerrufs nach dem Tode eines Ehegatten kann es weitere Fälle geben, in denen der Ueberlebende auch trotz Annahme des ihm Zugewendeten einseitig widerrufen kann. Diese Befugnis kann ihm durch das gemeinschaftliche Testament gegeben sein, das die gesetzliche Bindung abschwächen kann, weil das Gesetz nur das Höchstmaß der in einem Testamente möglichen Bindung angibt und dispositiver Natur ist.[3]) Die Befugnis kann aber auch aus besonderen Umständen entspringen, welche die Korrespektivität beseitigen, z. B. wenn sie dadurch vereitelt wird, daß der Bedachte ausschlägt, vorher verstirbt oder für erbunwürdig erklärt wird, sowie beim Vorliegen der Anfechtungsgründe der §§ 2078, 2079 BGB.[4])

In allen diesen Fällen kommt zur Erklärung des Widerrufs nur die Form des Testamentes sowie die des Erbvertrages in Betracht.

Es fragt sich, ob ein in dieser Weise formgiltig erklärter Widerruf den Zusammenfall der korrespektiven Verfügungen genau so zur Folge hat wie der einseitige Widerruf zu Lebzeiten beider Ehegatten. M. E. ist dies zu verneinen, da der Wille beider Ehegatten lediglich dahin geht, dem Ueberlebenden einseitiges Testieren zu gestatten, wenn er nur das ihm Zugewendete ausschlägt. Die Bestimmung des § 2070 Abs. 1 BGB auf den Widerruf durch einseitiges Testament nicht anzuwenden, gebietet auch der praktische Gesichtspunkt, daß das Widerrufstestament jederzeit durch Vernichtung seinerseits

---

[1]) Strohal, a. a. O., Seite 341 f. — Vgl. Proske, Die Unterschiede zwischen einem gemeinschaftlichen Testament und einem Erbvertrage, Seite 47 f.

[2]) Planck-Ritgen, a. a. O, Bem IV, 1, *b* zu § 2271.

[3]) Goldmann, a. a. O., Seite 92. Strohal, a. a. O., Seite 335 a.

[4]) Hellmann, a. a. O., Seite 225.

widerrufen werden kann. Hierdurch müssen dann die ursprünglichen Verfügungen wirksam werden, wie wenn sie nie widerrufen wären; das wäre aber bei der nach § 2070 Abs. 1 BGB ipso iure eintretenden Unwirksamkeit der beiderseitigen Verfügungen unmöglich.

Bringt nun der Ueberlebende durch einen zweiten Widerruf die ursprünglichen Verfügungen wieder zur Geltung, so ist ihm gleichwohl nicht die Befugnis zu gewähren, das Ausgeschlagene noch nachträglich anzunehmen, da eine rechtsgiltige Ausschlagung als notwendige Voraussetzung der Widerrufsbefugnis vorliegt. Eine nachträgliche Annahme des ihm Zugewendeten könnte der Ueberlebende nur unter den besonderen Voraussetzungen durch Anfechtung seiner Ausschlagserklärung erreichen.

Die Tragweite des durch das gemeinschaftliche Testament dem Ueberlebenden ausdrücklich besonders eingeräumten Widerrufs bestimmt sich in erster Linie nach dem aus dem gemeinschaftlichen Testamente zu ermittelnden Willen beider Ehegatten. Läßt sich dieser nicht feststellen, so wirkt der Widerruf nur auf den Bestand der widerrufenen, nicht auf die mit diesen im korrespektiven Verhältnisse stehenden Verfügungen ein. Das hier dem Ueberlebenden freigestellte Testierrecht enthält lediglich eine Ausnahme von der sonst bestehenden gesetzlichen Bindung.

b) Nach dem Eintritt der Bindung des Ueberlebenden.

In den beiden vom Gesetze geregelten Spezialfällen, in denen der Ueberlebende trotz Annahme des ihm Zugewendeten noch beschränkende Anordnungen treffen kann, kommt als einzige Form wiederum nur die des Testaments und des Erbvertrages in Betracht, weil es sich um Anordnungen positiver Natur handelt, die lediglich mittelbar den Widerruf einer früheren unbedingten Einsetzung zur Folge haben. In beiden Testamenten muß der Grund, der zu dieser Maßnahme des Ueberlebenden Veranlassung gibt, also der Grund zur Pflichtteilsbeschränkung oder zur Enterbung in guter Absicht konkret angegeben sein.

Diese gesetzlichen Ausnahmen von der Bindung sind zwar auch aus dem Grunde getroffen, weil in diesen Fällen der verstorbene Ehegatte diesen Schritt des Ueberlebenden billigen würde[1]), vor allen Dingen aber deswegen, weil das Pflichtteilsbeschränkungsrecht und das Recht der Enterbung

---

[1]) Löwenwald, a. a. O., Seite 49.

in guter Absicht einen öffentlichrechtlichen Charakter haben, daher auch unverzichtbar sind.

Die Verfügungen, die demgemäß der Ueberlebende trotz Annahme des ihm Zugewendeten treffen kann, sind Pflichtteilsentziehung oder -beschränkung, Einsetzung einer Nacherbfolge oder eines Testamentsvollstreckers mit Verwaltungsbefugnissen. Den Wiederfortfall dieser Anordnungen kann der Ueberlebende jederzeit durch einen zweiten Widerruf bewirken. Dieser Erfolg tritt ipso iure ein, wenn die Beschränkung wegen unsittlichen Verhaltens, Verschwendung oder Trunksucht bestimmt war, und dieser Grund später dauernd fortgefallen ist.

§ 8.

Schlußbemerkung über die zeitlichen und örtlichen Grenzen dieser Normen.

In den ersten Jahrzehnten wird es sich noch häufig um den Widerruf eines unter der Herrschaft des früheren Rechtes errichteten gemeinschaftlichen Testamentes handeln.

Nach dem Einführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 214 Abs. 2) bestimmt sich die „Bindung" eines nach altem Recht errichteten gemeinschaftlichen Testamentes nach den bisherigen Rechtsnormen. Nun wird zwar im Bürgerlichen Gesetzbuch sowohl, wie auch nach gemeinem und preußischem Landrecht unter Bindung der Zustand nach Erlöschen des einseitigen Widerrufsrechtes verstanden; und dieser tritt nach altem Recht erst mit Annahme der Erbschaft, nach neuem Recht mit dem Versäumen der Ausschlagung ein. Da nun aber gerade vor diesem Zeitpunkte die Widerrufsbefugnis von Bedeutung ist, darf man m. E. den Ausdruck „Bindung" nicht so pressen.[1]) Form und Wirkung des Widerrufs älterer korrespektiver Verfügungen sind vielmehr nach altem Rechte zu beurteilen.[2]) Für den Widerruf nicht korrespektiver Verfügungen ist dagegen eine ausdrückliche Vorschrift nicht gegeben. Daher findet der allgemeine Grundsatz Anwendung, daß die Aufhebung einer Verfügung sich formell wie materiell nach den Gesetzen bestimmt, die zur Zeit der Vornahme des auf die „Aufhebung" gerichteten Aktes in Geltung sind.[3])

Für die Wahl der Form, in welcher die Ehegatten testieren wollen oder den Widerruf ihres Testamentes er=

[1]) Anders: Buka, Deutsche Juristen=Zeitung von 1905, Sp. 403.
[2]) RG, Bd. 50, S. 316. Beschluß des Kammergerichts, Bd. 22, S. 25.
[3]) Motive, Bd. V, Seite 311.

klären, ist im allgemeinen das Recht ihrer Staatsangehörigkeit maßgebend. Es genügt jedoch bei allen Rechtsgeschäften außer dinglichen Verfügungsgeschäften Beobachtung der am Orte der Vornahme des Rechtsgeschäfts vorgeschriebenen Form (Art. 11 EG zum BGB). Dies gilt auch bei letztwilligen Verfügungen. Eine Ausnahme ist jedoch für den einseitigen Widerruf korrespektiver Verfügungen zu machen, weil die für deren Widerruf vorgesehene Formerschwerung materiellrechtlicher Natur für das Wesen der Korrespektivität bestimmend ist. Daher genügt für den Widerruf korrespektiver Verfügungen eines deutschen gemeinschaftlichen Testamentes die Beobachtung der im Auslande vorgeschriebenen leichteren Form nicht, es muß vielmehr eine dem § 2271 Abs 1 Satz 1 BGB entsprechende Form des ausländischen Rechts oder eine Beurkundung durch den Konsul gewählt werden.[1])

---

[1]) Endemann, a. a. O., Seite 99, Nr. 7.